

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional
Privado



TESIS DOCTORAL

La protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen en
el tráfico privado internacional

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Clara Isabel Cordero Álvarez

Director

Pedro Alberto de Miguel Asensio

Madrid, 2012

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL
PÚBLICO Y DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO



**LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL HONOR, A LA
INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN
EN EL TRÁFICO PRIVADO INTERNACIONAL**

Tesis doctoral que presenta la Licenciada

CLARA ISABEL CORDERO ÁLVAREZ

Bajo la dirección del Prof. Dr.

Pedro Alberto de Miguel Asensio
Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad
Complutense de Madrid

Madrid, abril de 2012

INDICE

Abreviaturas	11
--------------	----

Introducción	19
--------------	----

CAPITULO PRIMERO: RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DERECHOS DE LA ESFERA PRIVADA: DIMENSIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL

I. Derechos de la personalidad: delimitación conceptual	29
1.- Concepto y función de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen	29
2.- Caracteres comunes	33
3.- Configuración como derechos fundamentales y su repercusión en el Derecho privado	44
4.- Incidencia en el Derecho internacional privado	53
II. Regulación internacional de la esfera privada	56
1. Reglamentación internacional uniforme	56
A) Los derechos de la esfera privada en los Convenios y Declaraciones internacionales	56
B) El CEDH y la jurisprudencia del TEDH	57
2. El derecho a la vida privada en el sistema comunitario	66
A) La Carta de Derechos Fundamentales y los principios generales del Derecho comunitario	66
B) Construcción jurisprudencial del derecho a la vida privada del TJUE	70
III. Bienes jurídicos protegidos: contenido y alcance de los derechos	72
1. El <i>right of privacy</i> y la <i>defamation</i>	74
2. Derecho general de la personalidad	86
3. Derecho subjetivo a la vida privada	91
4. La privacidad en la Red	95

A) Noción de privacidad	96
B) Posibles atentados a la privacidad en las redes sociales	100
5. Relación con otros derechos fundamentales: límites	104
A) Libertad de expresión e información	104
B) Tratamiento en el marco del CEDH y doctrina del TEDH	111
IV. Mecanismos de protección de la esfera de la personalidad	120
1. Protección de los derechos	121
A) Tutela por el ordenamiento penal	121
B) Tutela civil: aproximación comparada	123
2. Consecuencias económicas de la lesión de estos derechos	135

CAPITULO SEGUNDO

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL: FUEROS GENERALES

I. Marco general	147
1.- Regímenes normativos	147
2.- Acciones ejercitables por la víctima	161
II.- Autonomía de la voluntad	164
1.- Prórroga de jurisdicción: la sumisión expresa y tácita	165
2.- Actos de disposición sobre derechos de la personalidad y elección del tribunal competente	169
3.- Mecanismos alternativos de solución de controversias	172
A) Arbitrabilidad y orden público	172
B) Iniciativas para la resolución extrajudicial de controversias	179
III.- El fuero del domicilio del demandado	181
1.- Operatividad del fuero general del domicilio del demandado	181
2.- Referencia al régimen de fuente interna	185
3.- Problemas de concreción del fuero:	189
A) Determinación del domicilio	190
B) Determinación del demandado: los intermediarios en la sociedad de la información y la acción de cesación	192
4.- El fuero de la pluralidad de demandados (art. 6.1 RBI/CL)	195

5.- Alcance de la competencia	199
-------------------------------	-----

CAPITULO TERCERO

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL: FUEROS ESPECIALES

I. La responsabilidad civil derivada de ilícito penal. El problema de la calificación en materia de derechos de la personalidad	201
1.- Calificación en el régimen europeo	202
2.- Derecho español	204
3.- Acumulación de acciones ante la jurisdicción penal por delitos contra los derechos de la personalidad (art. 5.4º RBI/CL)	208
II. Fuero del lugar del daño: Fundamentos	211
1.- Aplicación y principios de interpretación del fuero del lugar del daño	211
2.- Delimitación y alcance de la regla de competencia	219
3.- Supuestos de disociación: lugar de origen y lugar de resultado	222
III. Lesión de los derechos de la personalidad como ilícito a distancia	229
1.- El lugar de origen y el lugar de resultado en la nueva era de las comunicaciones	231
2.- Concreción del lugar de origen: el establecimiento del editor	237
A) Vigencia del criterio	237
B) Problemas de concreción: dispersión del lugar de origen	239
C) Adaptación al medio virtual: emisor de contenidos	243
3.- Concreción del lugar de resultado	247
A) Lugar de difusión del contenido	247
B) Dispersión del daño en el espacio	251
C) Dispersión del daño en el tiempo	252
D) La accesibilidad como criterio insuficiente	257
E) Efectos significativos	263
4.- Concreción del lugar del daño como fuero de competencia en los sistemas de fuente interna	267
A) El art. 22.3 LOPJ	267
B) Los sistemas del <i>common law</i>	274

IV. Alcance de la competencia judicial internacional basada en el lugar del daño	291
1.- Fragmentación de la competencia: limitación a los daños en el foro	291
2.- Un fuero con competencia universal	296
A) Justificación	396
B) Posibles aproximaciones	301
C) El criterio de conexión del centro de gravedad del conflicto	306
D) Un único lugar del daño con competencia ilimitada: el daño principal	316
E) El establecimiento del editor o el centro de intereses de la víctima	318
F) Una regla específica de competencia para las lesiones de los derechos de la personalidad	321
V. La responsabilidad de los prestadores de servicios <i>online</i>	327
1.- La responsabilidad extracontractual y responsabilidad contractual	327
2.- Responsabilidad extracontractual derivada del funcionamiento del servicio	329
3.- Responsabilidad contractual	331
A) Contratos de prestación de servicios: lugar de prestación	331
B) Contratos de consumo	339

CAPITULO CUARTO

MEDIDAS PROVISIONALES Y EFICACIA DE LAS DECISIONES JUDICIALES EXTRANJERAS

I. Medidas provisionales y cautelares	343
1.- Competencia judicial para la adopción de medidas provisionales	343
A) Definición de medidas provisionales	343
B) Tribunal competente sobre el fondo	347
C) Otros tribunales competentes: lugar de ejecución de la medida	352
2.- Medidas específicas de protección de los derechos de la personalidad	357
3.- Alcance de las medidas	366
4.- Adopción de medidas frente a prestadores de servicios de la sociedad de la información	373

II. Referencia al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras	379
1.- Perspectiva comparada y adopción de legislación específica: el modelo de EEUU	380
2.- Causas de denegación del reconocimiento en España y la UE: el recurso al orden público material	384
A) Vigencia social y temporal de los derechos de la personalidad como fundamentales	385
B) Tratamiento de los daños punitivos	387
3.- Alcance territorial de las medidas: especial referencia a las órdenes de cesación	391
4.- La revisión del RBI y la evolución del marco europeo	395

CAPITULO QUINTO
DERECHO APLICABLE A LAS INTROMISIONES EN LOS DERECHOS DE
LA PERSONALIDAD:
MARCO NORMATIVO Y RÉGIMEN DE FUENTE INTERNA

I. Marco normativo	403
1.- El RRII y la exclusión de las obligaciones por violación de la intimidad y los derechos relacionados con la personalidad	403
A) Aspectos generales	403
B) Proceso legislativo: Anteproyecto 2002 y Propuesta de 2003	412
C) Tramitación parlamentaria	417
D) Repercusión de la Directiva sobre comercio electrónico en la concreción del Derecho aplicable	430
2.- Aplicación de la norma de fuente interna: artículo 10.9 C.c.	438
II. Delimitación	444
1.- Responsabilidad extracontractual y contractual	444
2.- Lesión de la reputación profesional del competidor: los actos de denigración como actos de competencia desleal	456
3.- Prestación de servicios de la sociedad de la información y responsabilidad extracontractual	464

III. Ámbito de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales:	466
1.- Legitimación activa	473
A) Determinación de los legitimados para reclamar	473
B) Dimensión conflictual	479
2.- Medidas de protección frente a las lesiones	482
A) Presupuestos	484
B) Reparación del daño: acción resarcitoria	490
C) Derecho de respuesta	496
D) Medidas de prevención y cese	499
3.-Sujetos responsables	503
A) Actos propios	504
B) Actos de terceros: medios de comunicación tradicionales	506
C) Servicios de la sociedad de la información: prestadores intermediarios	511
4.- Causas de exoneración de la responsabilidad: exenciones y libertad de expresión e información	517
5.- Otras cuestiones	525
A) Caducidad y modos de extinción	525
B) Transmisibilidad de la acción	531
IV. Derecho conflictual de fuente interna	532
1.- Problemas de interpretación del artículo 10.9 Cc. en estos litigios	534
2.- Determinación de la ley del lugar del daño: lugar de origen o lugar de resultado	537
A) Daños ocasionados a distancia: Internet y medios de Comunicación globales	541
B) Posibles soluciones interpretativas	546
V. Orden público y normas internacionalmente imperativas	552
1) La excepción de orden público nacional e internacional en los daños a la personalidad	552
A) Su incidencia como derechos fundamentales	554
B) Orden público y responsabilidad extracontractual	558
2) Imperatividad de determinadas normas comunitarias aplicables: Tratamiento de datos personales	561

CAPITULO SEXTO
DERECHO APLICABLE: PERSPECTIVAS DE EVOLUCIÓN
EN LA UNIÓN EUROPEA

I. Alternativas a la unificación conflictual: armonización material	563
1.- Unificación material: Principios de Derecho de la responsabilidad civil extracontractual europeo	568
2.- Combinación de iniciativas: armonización de mínimos y criterio del Estado de origen	573
II. Problemas de la falta de unificación del Derecho internacional privado europeo: la diversidad de soluciones nacionales	578
1.- Sistemas que contienen normas de conflicto específicas	582
2.- Sistemas que carecen de regla específica	586
3.- Potencial repercusión de la unificación europea	591
III. Propuestas de unificación y revisión del Reglamento Roma II: los derechos de la personalidad y el criterio <i>lex loci delicti</i>	594
1.- Fundamentos de la unificación europea	594
2.- Trabajos preparatorios tendentes a la reforma del Reglamento Roma II	599
3.- Iniciativa de revisión del RRII:	
la Propuesta del Parlamento Europeo de noviembre de 2011	608
IV. Configuración de la norma de conflicto: posibles criterios de conexión	620
1.- Aplicación de la <i>lex fori</i>	622
2.-Aplicación acumulativa de la <i>lex fori</i> y la <i>lex delicti</i>	625
3.- La aplicación de la <i>proper law of a tort</i>	630
4.- Elección de ley aplicable	633
5.- Lugar del daño como lugar de destino	638
6.- Aplicación de la ley de residencia habitual de la víctima	642
Conclusiones	651
Bibliografía	693
Jurisprudencia	749

ABREVIATURAS

ABLJ	<i>American Busines Law Journal</i>
AC.....	<i>Actualidad Civil</i>
Alta. L.Rew.....	<i>Alberta Law Review</i>
AEDIPr	<i>Anuario español de Derecho internacional privado</i>
AIDA.....	<i>Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo</i>
AJCL.....	<i>The American Journal of Comparative Law</i>
Arizona J.Int. & Comp. L.....	<i>Arizona Journal of International and Comparative Law</i>
AELC/EFTA.....	<i>Asociación Europea de Libre Comercio/European Free Trade Asosiation</i>
All ER	<i>All England Law Reports</i>
Am. J.Comp.L.....	<i>American Journal of Comparative Law</i>
AEPD	<i>Agencia Española de Protección de Datos</i>
AP.....	<i>Audiencia Provincial</i>
APDC.....	<i>Asociación de Profesores de Derecho Civil</i>
Arbitraje.....	<i>Revista de arbitraje comercial y de inversiones.</i>
Arb.Int.	<i>Arbitration International</i>
B.C. Intell. Prop. & Tech.F.	<i>Boston College Intellectual Property and Technology Forum</i>
BFD.....	<i>Boletín de la Facultad de Derecho (UNED)</i>
BGB.....	<i>Bürgerliches Gesetzbuch (Alemania)</i>
BGH.....	<i>Bundesgerichtshof</i>
BGHZ.....	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen</i>
BJC.....	<i>Boletín de Jurisprudencia Constitucional.</i>
Boston Coll. L. R.	<i>Boston College Law Review</i>
Boston Univ Int Law J.....	<i>Boston University International Law Journal.</i>
Boston Univ L Rev.....	<i>Boston University Law Review</i>
Berkeley Tech.L.J.	<i>Berkeley Technology Law Journal</i>
BOCG	<i>Boletín Oficial de las Cortes Generales</i>
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
Brook.J.Int'l L.....	<i>Brooklyn Journal of International Law.</i>
BVerfGE.....	<i>Bundesverfassungsgericht</i>
California L. Rev.	<i>California Law Review</i>
Cal. W. Int'l L.J.....	<i>California Western International Law Journal</i>
Cardozo Arts & Ent LJ.....	<i>Cardozo Arts & Entertainment Law Journal</i>
CB	<i>Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968</i>
C.c.	<i>Código civil</i>
CCI	<i>Cámara de Comercio Internacional</i>
CCJC.....	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
CDA.....	<i>Communications Decency Act (EEUU)</i>
CDC	<i>Cuadernos de Derecho y Comercio</i>
CDJ.....	<i>Cuadernos de Derecho Judicial</i>

CDFUE.....	<i>Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea</i>
CEDH	<i>Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1959</i>
CJI.....	<i>Competencia judicial internacional</i>
CL	<i>Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007</i>
CLSR	<i>The Computer Law & Security Report</i>
CML Rev.	<i>Common Market Law Review</i>
CNUDMI/UNCITRAL	<i>Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional</i>
Columbia L. Rev.	<i>Columbia Law Review</i>
Comm. Law.....	<i>Communications lawyer</i>
Comm.L.&Pol.	<i>Communication Law and Policy</i>
Comm. L.....	<i>Communications Law</i>
Communications of the ACM...	<i>Communications of the Association for Computing Machinery</i>
Contemp. I. in L.	<i>Contemporary Issues in Law</i>
Comp. L. J.....	<i>Computer Law Journal</i>
Comp. L.....	<i>Computers and Law</i>
Com. L. & Prac.....	<i>Computer Law & Practice</i>
C.P.	<i>Código penal</i>
CPR, r 6. 20.....	<i>The Civil Procedure Rules 1998 of the Supreme Court of England and Wales, Statutory Instrument 1998 No. 3132 L.17</i>
CR.....	<i>Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980</i>
CTLR	<i>Computers and Telecommunications Law Review</i>
Curr Leg Probl.....	<i>Current Legal problems</i>
CISG	<i>Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980</i>
DIPr	<i>Derecho internacional privado</i>
Dir. autore	<i>Il Diritto di autore</i>
Dir.com.int.	<i>Diritto del commercio internazionale</i>
Dir. Inf.....	<i>Diritto dell'informazione e dell'informatica</i>
DMCA.....	<i>Digital Millennium Copyright Act de 1998 (EEUU)</i>
DO	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i>
DUDH.....	<i>Declaración Universal de los Derechos Humanos Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948</i>
EBLR	<i>European Business Law Review</i>
Edinburgh L. Rev.....	<i>Edinburgh Law Review</i>
EGBGB.....	<i>Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Alemania)</i>
EIPR	<i>European Intellectual Property Review</i>
ELSA	<i>European Law Students' Association</i>
ELSA M. L. Rev.....	<i>ELSA Malta Law Review</i>
E.L.Rev.	<i>European Law Review</i>

<i>Emory L.J.</i>	<i>Emory Law Journal</i>
<i>Emory L.R.</i>	<i>Emory Law Review</i>
<i>Enc. Dir.</i>	<i>Enciclopedia del Diritto</i>
<i>Ent.L.R</i>	<i>Entertainment Law Review</i>
<i>EHRLR</i>	<i>European Human Rights Law Review</i>
<i>EOI</i>	<i>Escuela de Organización Industrial</i>
<i>E.R.A.</i>	<i>Academy of European law.</i>
<i>ERPL</i>	<i>European Review of Private Law</i>
<i>Ethics Inf Technol</i>	<i>Ethics and Information Technology</i>
<i>Fed. Comm. L. J.</i>	<i>Federal Communication Law Journal</i>
<i>Fordham I.L.J.</i>	<i>Fordham International Law Journal</i>
<i>Foro. It.</i>	<i>Foro italiano</i>
<i>F. Supp.</i>	<i>Federal Supplement</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>GEDIP</i>	<i>Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado.</i>
<i>Geo. L. J.</i>	<i>Georgetown Law Journal</i>
<i>Geo. Wash. L. Rev</i>	<i>George Washington Law Review</i>
<i>Ger. L. J.</i>	<i>German Law Journal</i>
<i>Giur. cost</i>	<i>Giurisprudenza costituzionale</i>
<i>Giur. it.</i>	<i>Giurisprudenza italiana</i>
<i>GYIL</i>	<i>German Yearbook of International Law</i>
<i>HGPIL</i>	<i>Hamburg Group for Private International Law</i>
	<i>–Grupo de Hamburgo–</i>
<i>HLR</i>	<i>Harvard Law Review</i>
<i>Harv. Int'l L. J.</i>	<i>Harvard International Law Journal</i>
<i>HJLT</i>	<i>Harvard Journal of Law and Technology</i>
<i>HRA</i>	<i>Human Rights Act 1998</i>
<i>IBL</i>	<i>International Business Lawyer</i>
<i>IBLJ</i>	<i>International Business Law Journal</i>
<i>ICLQ</i>	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
<i>IDEA</i>	<i>IDEA- The Journal of Law and Technology</i>
<i>IDP</i>	<i>Revista de Internet, Derecho y Política</i>
<i>IIC</i>	<i>International Review of Industrial Property and</i> <i>Copyright Law</i>
<i>IML</i>	<i>International Media Law</i>
<i>InDret</i>	<i>Revista para el Análisis del Derecho (Revista digital</i> <i>sobre Dret de danys i Dret civil català)</i>
<i>Int. Enc. Comp. L.</i>	<i>International Encyclopedia of Comparative Law</i>
<i>Int. Jnl. of Law and</i>	
<i>Info.Tech.</i>	<i>International Journal of Law and Information</i> <i>Technology</i>
<i>Iowa L. Rev.</i>	<i>Iowa Law Review</i>
<i>Int. Rev. L.</i>	<i>International Review of Law</i>
<i>Int. Lawyer</i>	<i>The International Lawyer</i>
<i>IPRax</i>	<i>Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht</i>
<i>ITLQ</i>	<i>International Trade Law Quarterly</i>
<i>IRIS</i>	<i>Legal Observations of the European Audiovisual</i> <i>Observatory</i>
<i>IRLCT</i>	<i>International Review of Law Computers & Technology</i>
<i>ISP</i>	<i>Proveedor de servicios de Internet</i>

<i>Int'l Rev. L.</i>	
<i>Computers & Tech.</i>	<i>International Review of Computers & Technology</i>
<i>JBL</i>	<i>The Journal of Business Law</i>
<i>J-Cl. dr. Int.</i>	<i>Jurisclasseur de droit international</i>
<i>JCP</i>	<i>Jurisclasseur périodique. La semaine juridique</i>
<i>JCSoc USA</i>	<i>Journal of the Copyright Society of the USA</i>
<i>Journ.dr.int. (JDI)</i>	<i>Journal du droit international</i>
<i>J. High Tech. L.</i>	<i>Journal of High Technology Law</i>
<i>JILT</i>	<i>Journal of Information Law and Technology</i>
<i>J. Int. L. & Politics.</i>	<i>Journal of International law and Politics.</i>
<i>J.Int.Arb.</i>	<i>Journal of International Arbitration</i>
<i>JL & Com.</i>	<i>The Journal of Law and Commerce</i>
<i>JLIS</i>	<i>Journal of Law and Information Science</i>
<i>J. Online L.</i>	<i>Journal of Online Law</i>
<i>J. Stud.</i>	<i>Journalism Studies</i>
<i>J. of Comp.& Info. Tech.</i>	<i>Journal of Computer & Information Technology</i>
<i>John Marshall J. of Comp. & Info. Law.</i>	<i>John Marshall Journal of Computer & Information Law</i>
<i>J. of Comp.& Info. Law</i>	<i>Journal of Computer & Information Law</i>
<i>J Soc Welfare Fam Law.</i>	<i>Journal of Social Welfare and Family Law</i>
<i>J. Youth Stud.</i>	<i>Journal of Youth Studies</i>
<i>KUG.</i>	<i>Kunsturheberrechtsgesetz</i>
<i>JURIMETRICS</i>	<i>The Journal of Law, Science and Technology</i>
<i>La Ley</i>	<i>Revista jurídica española La Ley</i>
<i>LA</i>	<i>Ley 60/2003, de 23 de diciembre</i>
<i>La. L. Rev.</i>	<i>Lousiana Law Review</i>
<i>La nuova giurispr. civ. comm.</i>	<i>La nuova giurisprudenza civile commentata</i>
<i>LCD</i>	<i>Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal</i>
<i>LCGC</i>	<i>Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación</i>
<i>LEC</i>	<i>Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000.</i>
<i>LGCA.</i>	<i>Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.</i>
<i>LGDCU</i>	<i>Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba la texto refundido de la LGDCU</i>
<i>LGP</i>	<i>Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad</i>
<i>LGT</i>	<i>Ley 11/1998, de 24 de abril, general de Telecomunicaciones</i>
<i>LMCLQ</i>	<i>Lloyd's Maritime and Comercial Law Quarterly</i>
<i>LO</i>	<i>Ley Orgánica</i>
<i>LOPD</i>	<i>Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal</i>
<i>LOPJ</i>	<i>Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial</i>
<i>LPI</i>	<i>Ley de propiedad intelectual (Texto aprobado por R.D. Legislativo 1/1996)</i>
<i>L.P.Int.Bus.</i>	<i>Law and Policy in International Business</i>
<i>Legal Studies.</i>	<i>Legal Studies: The Journal of the society of Legal Scholars</i>

<i>Loy. L. A. Int'L</i>	
<i>&Com. L. Rev.</i>	<i>Loyola Los Angeles International and Comparative Law Review</i>
<i>LSC</i>	<i>Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.</i>
<i>LSSI</i>	<i>Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.</i>
<i>Melb. J. Int. L.</i>	<i>Melbourne Journal of International Law</i>
<i>Me. L. Rev.</i>	<i>Maine Law Review.</i>
<i>Media L. & Policy</i>	<i>Media Law & Policy (New York Law School Communications Media Centre)</i>
<i>Mercer L. Rev.</i>	<i>Mercer Law Review</i>
<i>Mich. J. Int'l L.</i>	<i>Michigan Journal of International Law</i>
<i>Mich. L. Rev.</i>	<i>Michigan Law Review</i>
<i>Mich. St. L. Rev.</i>	<i>Michigan State Law Review</i>
<i>MMR</i>	<i>Multimedia und Recht</i>
<i>MLRC</i>	<i>Media Law Resource Center</i>
<i>Mod. L. Rev.</i>	<i>Modern Law Review</i>
<i>Mo. L. Rev.</i>	<i>Missouri Law Review</i>
<i>Neth. Int. L. Rev.</i>	<i>Netherlands International Law Review</i>
<i>NCarJILCR</i>	<i>North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation</i>
<i>N. Ill. U. L. Rev</i>	<i>Norther Illinois University Law Review</i>
<i>Nuova giur. civ. comm.</i>	<i>Nuova giurisprudenza civile commentata</i>
<i>Nw.J.Int.L.&Bus.</i>	<i>Northwestern Journal of International Law & Business</i>
<i>Nw.J.Tech.& Intell. Prop.</i>	<i>Northwestern Journal of Technology & Intellectual Property</i>
<i>NJW</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
<i>Nw. U. L. Rev.</i>	<i>Northwestern University Law Review</i>
<i>NLJ</i>	<i>New Law Journal</i>
<i>Oxford J. Legal Stud.</i>	<i>Oxford Journal legal Studies</i>
<i>OJ</i>	<i>Official Journal</i>
<i>pe.i.</i>	<i>Revista de propiedad intelectual</i>
<i>Ord. 11, r 1, RSC</i>	<i>The Rules of the Supreme Court, Order 11(England)</i>
<i>OSCE</i>	<i>Organización sobre Seguridad y Cooperación en Europa.</i>
<i>Pe. i.</i>	<i>Revista de propiedad intelectual</i>
<i>PLPR</i>	<i>Privacy Law and Policy Reporter</i>
<i>Pub. L.</i>	<i>Public Law</i>
<i>RabelsZ</i>	<i>Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht</i>
<i>Rev. arb.</i>	<i>Revue de l'arbitrage</i>
<i>RAP</i>	<i>Revista de Administración Pública.</i>
<i>RAJ</i>	<i>Aranzadi. Repertorio de jurisprudencia</i>
<i>RAJC</i>	<i>Aranzadi. Repertorio de jurisprudencia Constitucional</i>
<i>RBI</i>	<i>Reglamento (CE) n.o 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y</i>

	<i>mercantil.</i>
RCE	<i>Revista de la contratación electrónica</i>
RCEA.....	<i>Revista de la Corte Española de Arbitraje.</i>
Rev. crit. dr. int. pr.....	<i>Revue critique du droit international privé</i>
R. des C.	<i>Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
Recl. Dalloz	<i>Recueil le Dalloz</i>
R. Des CE.....	<i>Revue des Communautés Européennes</i>
RDAI/IBLJ	<i>Revue de droit des affaires internationales/ International Business Law Journal</i>
RDIPP.....	<i>Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale</i>
RDNot.	<i>Revista de Derecho Notarial</i>
RDM	<i>Revista de Derecho mercantil</i>
RDP	<i>Revista de Derecho privado</i>
Riv.dir.ind.....	<i>Rivista di diritto industriale</i>
Riv.dir.int.	<i>Rivista di diritto internazionale</i>
Riv. dir. int. pr. proc.....	<i>Rivista di diritto internazionale privato e processuale</i>
REDC.....	<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i>
REDE.....	<i>Civitas. Revista Española de Derecho Europeo.</i>
REDI	<i>Revista española de Derecho internacional</i>
REEI	<i>Revista electrónica de estudios internacionales</i>
RGD	<i>Revista General de Derecho</i>
RGLJ	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i>
RIDA	<i>Revue internationale du droit d'auteur</i>
RIDC.....	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
Rich.J.L.&Tech.	<i>Richmond Journal of Law and Technology</i>
Rev. trim. dr. civ.....	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
Riv. trim. dir. e proc. civ	<i>Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile</i>
RJC	<i>Revista Jurídica de Catalunya</i>
RMC	<i>Reglamento (CE) no 40/94, de 20 de diciembre, sobre la marca comunitaria (DO 1994 L 11/1)</i>
Rev. Poder Judic.....	<i>Revista Poder Judicial</i>
RRI.....	<i>Reglamento (CE) No 593/2008, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales</i>
RRII.....	<i>Reglamento (CE) No 864/2007 de 11 de julio de 2008, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales</i>
Rutgers C.&Tech.L.J.	<i>Rutgers Computer & Technology Law Journal</i>
RSC Ord. 11, r 1.....	<i>Rules of the Supreme Court, Order 11(England)</i>
S.C.L. Rev.....	<i>South Carolina Law Review</i>
San Diego L. Rev.	<i>San Diego Law Review</i>
SJLS.....	<i>Singapore Journal of Legal Studies</i>
Stanford L. Rev.	<i>Stanford Law Review</i>
S. Cal. L. Rev.	<i>Southern California Law Review</i>
TC.....	<i>Tribunal Constitucional</i>
TCE	<i>Tratado constitutivo de la Comunidad Europea</i>
TDC	<i>Tribunal de Defensa de la Competencia</i>
TEDH.....	<i>Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre.</i>
TJUE.....	<i>Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>
TFUE.....	<i>Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea</i>

<i>TILJ</i>	<i>Texas International Law Journal</i>
<i>T. Jefferson L. Rev.</i>	<i>Thomas Jefferson Law Review</i>
<i>Tul L Rev.</i>	<i>Tulane Law Review</i>
<i>Transnat'l Law</i>	<i>Transnational Lawyer</i>
<i>Tratt. di dir. civ. e comm.</i>	<i>Trattato di diritto civile e commerciale</i>
<i>Tratt. di dir. priv.</i>	<i>Trattato di diritto privato.</i>
<i>Travaux Com. Fr. Dr. int. pr.</i>	<i>Travaux du Comité français de droit international privé</i>
<i>TS</i>	<i>Tribunal Supremo</i>
<i>U.C. Davis L. Rev.</i>	<i>University of California Davis Law Review</i>
<i>U. Cin. L. Rev.</i>	<i>University of Cincinnati Law Review</i>
<i>U. Pa. J. Const. L</i>	<i>University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law</i>
<i>UCLA Ent. L. Rev.</i>	<i>UCLA Entertainment Law Review</i>
<i>ULR</i>	<i>Uniform Law Review</i>
<i>U.N.S.W.L.J.</i>	<i>University of New South Wales law journal</i>
<i>UOC</i>	<i>Universitat Oberta de Catalunya</i>
<i>U. Pitt. L. Rev.</i>	<i>University of Pittsburgh Law Review</i>
<i>Vand.L.Rev.</i>	<i>Vanderbilt Law Review</i>
<i>Vand. J.T.L.</i>	<i>Vanderbilt Journal of Transnational Law</i>
<i>Vand. J. Ent. & Tech. L.</i>	<i>Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law</i>
<i>Web J.C.L.I.</i>	<i>Web Journal of Current Legal Issues</i>
<i>Wieder L.J.</i>	<i>Wieder Law Journal</i>
<i>Vill. L.R.</i>	<i>Villanova Law Review</i>
<i>Virg. J.I.L.</i>	<i>Virginia Journal of International Law</i>
<i>Wash. L. R.</i>	<i>Washington Law Review</i>
<i>Wayne L. Rev.</i>	<i>Wayne Law Review</i>
<i>Willamette L. Rev.</i>	<i>Willamette Law Review</i>
<i>Yale L.J.</i>	<i>The Yale Law Journal</i>
<i>YPIL</i>	<i>Yearbook of Private International law</i>

INTRODUCCIÓN

I. Dentro del amplio sector de la responsabilidad civil no contractual, el estudio de los aspectos de Derecho internacional privado de las obligaciones extracontractuales derivadas en concreto de la violación de ciertos derechos de la personalidad, como son el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, presenta en la actualidad un singular interés y una especial complejidad desde la perspectiva europea y española. Ese especial interés se vincula en el momento presente con la repercusión del desarrollo de la sociedad de la información sobre la difusión de contenidos que pueden infringir ese tipo de derechos con alcance potencialmente global en circunstancias en las que se difumina la relevancia de las fronteras estatales y se dificulta la localización geográfica tradicionalmente determinante de la configuración y aplicación de las reglas de competencia judicial internacional y derecho aplicable. Las transformaciones sociales e innovaciones tecnológicas han ido unidas a la aparición de nuevos riesgos para la intimidad, el honor y la imagen -en términos generales, para la vida o esfera privada de la persona-, en un marco en el que los daños ocasionados a estos bienes de la personalidad pueden resultar de muy difícil localización. La generalización en la actualidad del empleo de Internet como instrumento de transmisión y publicación de datos e informaciones por todo el mundo, aumenta las posibles lesiones a estos derechos a distancia así como que resulten plurilocalizadas al poderse producir simultáneamente en múltiples países como resultado de una misma actividad, lo que se traduce en importantes desafíos en los diversos sectores del Derecho internacional privado.¹

Más allá de la difusión también a través de esa vía de los medios de comunicación tradicionales con la consiguiente repercusión sobre su alcance geográfico, la expansión de Internet ha ido unida a la aparición de múltiples actores en la difusión de informaciones a escala internacional. A este respecto resulta de interés que la categoría de prestadores de servicios de la sociedad de la información es en la actualidad muy heterogénea y que cualquier usuario de servicios como redes sociales u otros similares basados en la difusión de contenidos creados por los usuarios –como

¹ Sobre estas cuestiones, G. J. H. Smith, *Internet Law and Regulation*, 3ª ed., Londres, 2002, pp. 171-192; D. J. B. Svantesson, *Private International Law and the Internet*, La Haya, 2007, pp. 151-153 y pp. 324 y ss.; P. A. de Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, Madrid, 4ª ed., 2011, pp. 185- 204

blogs, foros, etc.- difunde de manera sencilla y rápida contenidos que pueden resultar lesivos con un alcance potencialmente global. Asimismo, debe también tenerse presente la particular relevancia en este contexto de ciertos prestadores de servicios de la sociedad de la información como intermediarios, en la medida en que los servicios que prestan –como acceso a Internet, alojamiento de datos...- son determinantes para la difusión de las informaciones potencialmente lesivas al tiempo que resulten de gran importancia para poner fin a la lesión. Desde la perspectiva internacional, no es extraño que algunos de los principales prestadores de servicios de intermediación tengan su establecimiento principal en el extranjero, con frecuencia fuera de la Unión Europea.

II. El régimen jurídico de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen varía de modo significativo según los ordenamientos, lo que determina que en este estudio el análisis comparativo resulte de particular relevancia, tanto en el ámbito del Derecho material como del Derecho internacional privado. Como punto de partida, cabe apreciar la existencia de una tendencia generalizada a nivel comparado a caracterizar estos derechos como fundamentales, como refleja la situación en el contexto europeo y, en particular, en el caso español así resulta del artículo 18 de la Constitución. En Europa la existencia de un marco básico común viene determinada principalmente por la ratificación por la generalidad de Estados europeos a la Convención Europea de Derechos fundamentales (CEDH), que los consagra esos derechos como fundamentales en su art. 8. En el seno de la Unión Europea se ha consolidado esta postura mediante la publicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), donde se proclama como uno de los derechos fundamentales –dentro de las libertades-: el derecho a la vida privada y familiar (art. 7), e incluye como parte integrante de este derecho el respeto al propio domicilio y a las comunicaciones. En lo que respecta a la tutela del derecho al honor en el CEDH no se recoge de manera expresa este derecho. De esta forma el CEDH no solo se separa de las normativas nacionales sino también de los otros textos internacionales más relevantes en materia de derechos fundamentales (como es el caso del art. 12 DUDH y art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Esto no significa que no se reconozca el derecho al honor en el ámbito del CEDH, sino que éste

se deduce del art. 10 (libertad de expresión) en vez del art. 8, como parecería lo lógico²

Ahora bien, su consideración como fundamentales en el marco del CEDH no garantiza un tratamiento completamente uniforme en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, pues incluso en el marco común europeo los Estados conservan un significativo margen de libertad en lo que se refiere a la técnica legislativa para el reconocimiento y tutela de estos derechos, y esto generalmente se traduce en diferencias entre las legislaciones que pueden resultar significativas incluso entre Estados parte en los instrumentos europeos. Desde una perspectiva más global, el análisis comparativo permite observar cómo la configuración como fundamentales de estos derechos típicamente mediante su consagración en las Constituciones nacionales, no menoscaba la realidad de que su tratamiento jurídico resulta muy dispar, tanto en lo que se refiere a la concreción de aquellos derechos de la personalidad que integran la esfera íntima o vida privada de la persona como en la forma y alcance de la protección que se les dispensa, condicionado por el necesario equilibrio entre estos y otros derechos fundamentales con los que pueden entrar en conflicto, en especial el derecho a la libertad de expresión y de información.

Generalmente, las lesiones a estos derechos de la personalidad se vinculan con actos en los que el supuesto infractor ejercita la libertad de expresión o información. En tales circunstancias, resulta con frecuencia clave determinar qué interés -de los que se encuentran en conflicto- debe prevalecer; pues de ello dependerá la consideración como ilegítima de la eventual intromisión y, consecuentemente, la responsabilidad extracontractual exigible al agente causante del daño. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales se parte de que en caso de conflicto las libertades de información y expresión prevalecen dentro de ciertos límites frente a derechos particulares, como son los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Aunque como ha quedado apuntado el diverso equilibrio entre estos derechos fundamentales determina que sus respectivos alcances -y la caracterización de ciertos actos como ilícitos o no- varíen sustancialmente, la justificación de esa prevalencia tiende a vincularse con los intereses que unos y otros derechos representan: el interés

² Vid. J. García Roca y P. Santolaya (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2005, pp. 487-507; E. García de Enterría (dir.) y R. Alónso García (subdir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, 2002 y R. Alonso García y D. Sarmiento, *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*; 1ª ed., Madrid, 2006. pp. 116-118.

particular del titular del derecho de la personalidad presuntamente violado, frente al interés colectivo de la sociedad en general a conocer la información que le es de interés –público-. No obstante, a nivel comparado las soluciones sobre el particular pueden variar de manera sustancial, en particular si se toman en consideración sistemas tan opuestos a los europeos como el estadounidense, en el que la tutela de la libertad de expresión, con base en su consagración en la Primera Enmienda de la Constitución de EEUU, es claramente preeminente cuando entra en colisión con la protección conferida a los derechos referidos a la personalidad, derivados de la jurisprudencia.

III. Las diversas categorías que se utilizan en los sistemas nacionales para referirse a los bienes de la personalidad presentan en ocasiones un acusado relativismo no sólo geográfico –en la medida en que varían según los países- sino también temporal, como consecuencia de que dentro de un mismo ordenamiento evolucionan y cambian en función de los valores sociales y jurídicos vigentes en el momento histórico de referencia en el país de que se trate, lo que condiciona el alcance de estos derechos y la determinación de si se ha producido una vulneración de los mismos. Además, también resulta muy relevante que, por lo general, los órganos judiciales nacionales tienen reconocido un amplio margen de apreciación para concretar en cada caso si existe una intromisión ilegítima sobre ese derecho fundamental. Esta cuestión tiene particular importancia a la hora de delimitar el ámbito de protección de estos derechos en relación con otros igualmente de carácter fundamental, como son la libertad de expresión e información.

Todos los problemas de delimitación con los derechos de la personalidad que pueden darse en relación con la libertad de información y expresión en el ámbito de los medios de comunicación tradicionales, se acentúan aún más en el entorno virtual. Internet se considera como un medio libre de expresión y de intercambio de información esencial que debe garantizarse, lo que en algunas jurisdicciones puede facilitar una tendencia a dotar de especial protección en este entorno a la libertad de expresión e información, lo que puede afectar negativamente al nivel de protección de otros derechos, como los derechos de la personalidad de un tercero que pudieran verse afectados por esos comentarios-. Asimismo, en el medio virtual el contenido y alcance de la noción “privacidad”, condicionada por el contexto en el que se difunde el material controvertido, puede ser distinto que el utilizado en otro medio y condicionar el alcance de su protección y, fundamentalmente, su relación con esas otras libertades.

IV. El tratamiento en el presente estudio de las cuestiones de DIPr derivadas de la lesión de los derechos de la personalidad se limita básicamente a la tutela civil del derecho al honor, la intimidad y a la propia imagen. Se presta una menor atención a los aspectos relativos al derecho fundamental a la protección de datos personales. No obstante se trata de un aspecto de capital importancia, cuya menor relevancia en este contexto se vincula con el carácter de Derecho público característico básicamente de las normas sobre protección de datos personales, sin perjuicio de que también se hará referencia a estas normas, pues en ocasiones debe darse efecto o tomar en consideración tales normas internacionalmente imperativas o pueden resultar determinantes del derecho de las víctimas a ser compensadas por la vía civil.

La limitación del estudio a la responsabilidad civil, no impide apreciar que el principio de intervención mínima que inspira el ordenamiento penal en la generalidad de sistemas nacionales determina que la tutela penal puede ser un mecanismo de menor trascendencia práctica. Ahora bien, estas y otras cuestiones justifican perfectamente la especial relevancia del estudio de la conexión entre jurisdicción civil y responsabilidad penal que se proyectan sobre la relevancia que adquiere su reglamentación por el Derecho internacional privado (DIPr).

V. Desde la perspectiva del Derecho internacional privado, interesa destacar en primer lugar que el estudio de la determinación de la competencia judicial internacional en los litigios relativos a la responsabilidad extracontractual derivada de la violación de derechos de la personalidad reviste una indudable importancia y complejidad. Esta constatación resulta fundamentalmente de las dificultades que plantea la aplicación de las normas vigentes en nuestro sistema. Más allá del potencial impacto de la autonomía de la voluntad, cabe reseñar cómo la concreción del fuero especial en materia de obligaciones extracontractuales previsto en el artículo 5.3 Reglamento Bruselas I (así como en el artículo 22.3 LOPJ en lo que se refiere al régimen de fuente interna) resulta particularmente compleja en el ámbito de los derechos de la personalidad donde reclama un tratamiento específico.³

³ Como así se desprende de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia en interpretación del foro especial de competencia en materia extracontractual recogido en el art. 5.3 del Reglamento Bruselas I. *Vide*, STJUE de 25 de octubre de 2011, (*eDate Advertising*), asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, donde se concreta la determinación del lugar del daño (a los efectos del art. 5.3) en un supuesto

Tanto en la legislación comunitaria como en la de fuente interna, se observa la ausencia de un criterio de competencia específico para el sector de responsabilidad civil extracontractual derivada de la violación de un derecho de la personalidad. Al margen de los fueros generales de competencia, y de las dificultades que la concreción del domicilio del demandado puede plantear en el entorno virtual,⁴ en estos casos el fuero especial aplicable sería el previsto para la responsabilidad delictual (art. 5.3 RBI). En este contexto tiene particular interés valorar la evolución de los regímenes normativos en esta materia así como los recientes desarrollos acerca de la aplicación e interpretación de las normas del Reglamento Bruselas I, para valorar su adecuación a las exigencias derivadas de las circunstancias en las que en el presente se llevan a cabo los actos de intromisión en los derechos de la personalidad con repercusión internacional así como la necesidad de introducir reformas o nuevos avances en la aplicación de las reglas de competencia judicial internacional a este sector. El contexto de Internet plantea numerosos desafíos que reclaman un análisis específico, por ejemplo, en lo

de difamación en Internet, adaptando la doctrina *Shevill* al medio por no resultar adecuada (aps. 46-47). El Tribunal confirma el criterio del lugar de origen establecido en *Shevill* (establecimiento del editor, ap. 42) y lo adapta al medio virtual: establecimiento del emisor de los contenidos (ap. 52) y añade un criterio nuevo y específico para Internet con competencia universal para conocer de todos los daños sufridos por la difusión de los contenidos: el centro de intereses de la víctima, por considerar que es el foro más próximo y, en consecuencia, mejor situado para conocer de la totalidad de los daños y al mismo tiempo es suficientemente previsible para el presunto responsable –el emisor de los contenidos– (aps. 48-50). Así mismo, mantiene el lugar/es del daño –resultado– como posible foro para conocer con competencia limitada sobre los daños sufridos dentro de su jurisdicción, concretando estos en los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible (ap. 52). Fuera de los supuestos de lesiones a los derechos de la personalidad en Internet, el Tribunal de Justicia a tenido que perfilar la interpretación y aplicación de este fuero especial en supuestos de lesiones a Derechos de Propiedad Intelectual en la red. En este sentido, la sentencia de 19 de abril de 2012, en el asunto C-523/10 (*Wintersteiger AG*), en un supuesto de vulneración de una marca nacional registrada en un Estado miembro como consecuencia de la exhibición, en el sitio de Internet de un motor de búsqueda, de un anuncio publicitario gracias a la utilización de una palabra clave idéntica a dicha marca, considera que el hecho causal no es la exhibición de la publicidad en sí misma, “sino el desencadenamiento, por el anunciante, del proceso técnico de exhibición, con arreglo a parámetros predeterminados, del anuncio que éste creó para su propia comunicación comercial” (ap. 34), fallando que en estos casos el art. 5.3 debe interpretarse en el sentido que el litigio puede someterse bien a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se encuentra registrada la marca, bien a los del Estado miembro del lugar de establecimiento del anunciante

⁴ Entre otras, vide STJUE de 15 de marzo de 2012, *G v. Cornelius de Visser*, C-292/10.

relativo al ejercicio de acciones frente a los prestadores de servicios de la sociedad de la información intermediarios, así como al eventual alcance territorial de las medidas adoptadas con respecto a la difusión de información en un medio en el que las fronteras geográficas se difuminan.

VI. La caracterización como fundamentales de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen –así como de las libertades de expresión e información con las que típicamente entran en conflicto- repercute directamente en el sistema de DIPr. El carácter fundamental de estos derechos condiciona decisivamente la configuración y aplicación no sólo de las normas sobre derecho aplicable sino que también se proyecta con intensidad sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en este ámbito como consecuencia del significado del orden público internacional.

Este mecanismo excepcional del orden público en sus ordenamientos puede manifestarse tanto como una excepción en el normal funcionamiento de las normas de ley aplicable (haciendo posible la no aplicación del Derecho material extranjero localizado por la norma de conflicto), como una de las causas de denegación del reconocimiento de decisiones extranjeras. El sector del reconocimiento y ejecución de decisiones en estas materias cobra ahora singular importancia en línea con la constatación de que no es extraño que las decisiones adoptadas por los tribunales de un Estado pretendan hacerse valer en otros en los que prevalezcan estándares diferentes.⁵ Con respecto al orden público cabe reseñar que no solo el carácter fundamental de los derechos puede motivar un eventual recurso al orden público sino que la disparidad de criterios en lo que concierne a las consecuencias económicas de la responsabilidad civil extracontractual derivada de las lesiones a estos derechos, también es una fuente de potenciales conflictos entre los ordenamiento jurídicos.⁶

⁵ Este es el caso de la *Speech Act* de 2010 legislación federal de EEUU. Esta norma está esencialmente destinada a no reconocer las resoluciones extranjeras que atentan contra la concepción de la libertad de expresión del ordenamiento de EEUU y que se recoge en la primera enmienda de su Constitución (nombre completo de la norma, *Securing the Protection of our Enduring and Established Constitutional Heritage-SPEECH-Act*).

⁶ Vid. P. Salvador Coderch, “Punitive damages”, *InDret* 01/2000; P. Salvador Coderch, M. T. Castiñeira Palou, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, 1997, R. A. Brand, “Punitive damages revisited. Taking the rationale for non-recognition of foreign judgments too far”, *JL & Com*, 2005, nº 2, vol. 25, pp. 181-196 y B. A. Koch,

VI. En lo que respecta al Derecho aplicable, esta materia representa uno de los mayores retos pendientes de cara la unificación en la Unión Europea de las normas de Derecho internacional privado. Respecto de los litigios en este ámbito cabe señalar que existe en la UE y sus Estados miembros una especial inseguridad jurídica derivada de las carencias del complejo panorama normativo. La exclusión expresa de las “obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad, en particular, la difamación” (art. 2.g), del ámbito de aplicación del Reglamento 864/2008 (Reglamento Roma II)⁷, ha supuesto la ausencia de una regla uniforme que ofreciera una solución homogénea dentro del espacio europeo.⁸ La consecuencia principal de esta omisión es la coexistencia de los distintos ordenamientos nacionales de los Estados comunitarios, con sus distintas soluciones –reglas especiales o remisiones a las normas generales previstas para el derecho de daños o de responsabilidad civil extracontractual-, utilizando técnicas legislativas dispares⁹.

Todo ello, se traduce en la práctica en una descoordinación con la unificación lograda a escala europea en materia de competencia judicial así como en una gran inseguridad jurídica que reclama una evolución que asegure en el próximo futuro soluciones claras y razonables para evitar la inseguridad jurídica y la falta de previsibilidad así como que el resultado final dependa del tribunal ante el que se

Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives”, en *Tort and Insurance Law*, nº 25, Vienna/New York, 2009, pp. 197-209.

⁷ J. Brière: “Le règlement (CE) nº 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)”, *Journ.dr.int.*, vol. 135, nº 1, 2008, pp. 31 – 74, T. Kadner Graciano, “Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle (règlement Rome II)”, *Rev.cr.dr.int.pr.*, 2008, Vol. 97, núm. 3, pp. 445-511 y C. J. Kunke, “Rome II and Defamation: Will the Tail wag the dog”, *Emory Int’l L. Rev.*, 2005, Vol. 19, pp. 1733- 1772.

⁸ Vid. A. Dickinson, *The Rome II Regulation. The law applicable to non contractual obligations*, Oxford, 2008, Capítulo I; J. Ahern, W. Binchy (eds.), *The Rome II regulation on the law applicable to non-contractual obligations: A New International Litigation Regime*, Boston, 2009, pp. 9-24 y 278 -288 y G. Palao Moreno, *Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Europeo*, Valencia, 2008, Parte II.

⁹ Vid. J. J. Álvarez Rubio, (director): *Difamación y protección de los derechos de la personalidad: ley aplicable en Europa*, Navarra, 2009, Apartado III: análisis comparado de las normas de conflicto de los estados miembros (pp. 129-204).

interpone la demanda. Este insatisfactorio estado de la cuestión reclama el análisis de la realidad europea existente, la enunciación de las distintas posibilidades de evolución, y el ofrecimiento de alternativas a la actual situación para dar una solución coherente al problema del Derecho aplicable. La particular relevancia de esta tarea se vincula con la trascendencia alcanzada en la actualidad por las lesiones de derechos de la personalidad producidas mediante la utilizando de Internet. La distribución global e inmediata de materiales en Internet supone que el responsable puede quedar sujeto a una multiplicidad de sistemas jurídicos. A esto ha de añadirse la ausencia de un marco regulador global de las actividades desarrolladas a través de Internet, unida a la disparidad de normas de DIPr. previstas por los Estados, lo que conduce a una fragmentación normativa que facilita la eventual aplicación de legislaciones que responden a criterios contrapuestos, pues aquello que está prohibido en un Estado puede estar permitido en otro, como sucede con frecuencia en los supuestos de difamación, donde en algunos países está criminalizado y en otros sólo reservado a la vía civil.

Ante esta situación, resulta necesario valorar las acciones que las instituciones europeas deben adoptar, así como las posibles alternativas en la necesaria evolución del proceso de armonización legislativa en materia de ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual. Si bien cabe plantearse diversos enfoques con respecto a los progresos de la uniformización en el seno de la UE, en particular contraponiendo la normativa material con la conflictual, la opción prevalente en este ámbito parece que ha de ser la unificación conflictual, tal como muestra la reciente iniciativa parlamentaria para la revisión del Reglamento Roma II con el objeto de incluir esta materia en su ámbito de aplicación.¹⁰

VII. Debido a las carencias de la unificación del DIPr de la UE en esta materia, para determinar la ley aplicable los tribunales españoles deben en esta materia continuar acudiendo a la regla contenida en el art. 10.9 Cc con respecto a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. La generalidad característica del artículo 10.9 Cc, que abarca el conjunto de los supuestos de responsabilidad extracontractual-, así como la

¹⁰ *Draft Report* del Comité de Asuntos Jurídicos, 21.11.2011, 2009/2170 (INI), del que es redactora D. Wallis. Nombre completo: *Draft Report with recommendations to the Commission on the amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)*. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/juri/projet_rapport/2011/469993/JURI_PR\(2011\)469993_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/juri/projet_rapport/2011/469993/JURI_PR(2011)469993_EN.pdf)

aparente sencillez del consecuente punto de conexión elegido –el tradicional criterio *loci delicti* sin ninguna precisión adicional-, requiere valorar si la solución establecida en esa norma resultaría adecuada en el contexto actual, en particular cuando el medio utilizado para la intromisión sea Internet. En ese contexto el criterio *lex loci delicti* plantea numerosos problemas de interpretación sobre todo en el entorno virtual. Ciertamente ese es el caso típicamente de en el contexto de los daños a distancia y plurilocalizados las lesiones a estos derechos de la personalidad por publicación de contenidos controvertidos a través de medios de difusión ubicuos o de alcance potencialmente global, como es característico en particular de Internet.

VIII. En definitiva, no parece necesario insistir en la actualidad de la materia aquí abordada y su singular importancia desde la perspectiva de la evolución del DIPr de la UE. A diferencia de lo que ha venido siendo característico de los estudios previos en esta materia, en este trabajo se ha optado por llevar a cabo un tratamiento de conjunto, que aborda tanto la competencia judicial internacional, como el Derecho aplicable y también, aunque en menor medida por su menor especificidad, el reconocimiento y ejecución de decisiones. La importancia de fijar un objetivo tan exigente se corresponde con la necesaria coordinación entre las normas sobre competencia judicial internacional y ley aplicable en el seno de la UE, que aconseja este tratamiento conjunto.

CAPITULO PRIMERO:
RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DERECHOS DE LA ESFERA PRIVADA:
DIMENSIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL

I.- Derechos de la personalidad: delimitación conceptual

1.- Concepto y función de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen

1. Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen son derechos referidos a la personalidad que son generalmente reconocidos como derechos fundamentales tanto a nivel nacional -ya sea normativa o jurisprudencialmente¹¹- como internacional. La delimitación del concepto y contenido de cada uno de estos derechos es difícil dado que ni las Constituciones estatales ni los textos internacionales brindan una definición o caracterización suficiente de la que puedan deducirse de manera clara. En cualquier caso, estos derechos difícilmente pueden conceptuarse de forma exacta o definitiva por su condicionamiento por el contexto histórico, social, cultural y jurídico en el que se encuadren. Es por ello por lo que los ordenamientos nacionales huyen de dar una definición de los mismos, limitándose a otorgarles una mayor o menor protección en función de su carácter fundamental¹². Todo ello se ha traducido en una labor jurisprudencial intensa en los distintos países – en caso de España por parte del TS y el TC¹³- a la hora de perfilar qué es lo que se protege en abstracto con estos derechos,

¹¹ Como es el caso del Derecho estadounidense, donde el Tribunal Supremo ha reconocido el carácter constitucional del *right to privacy* –y por tanto su naturaleza fundamental-, al establecer que las distintas garantías derivadas de la Primera, Tercera, Cuarta y Quinta Enmiendas de la Constitución Americana han creado “zonas de privacidad” que resultan inherentes al derecho a la privacidad y su fundamento “no es menos importante que cualquier otro derecho cuidadosa y particularmente reservado a la persona”. *Vide*, asunto *Grisworld v. State of Connecticut*, 381 U.S. 479, 85 S. Ct. (1965), §§ 1681-1682. De tal manera que la garantía constitucional de la *privacy* es connatural a la Declaración de derechos.

¹² Como así ocurre en el ordenamiento jurídico español donde el artículo 18.1 CE se limita a consagrarlos como derechos fundamentales sin ofrecer una definición de aquellos. De igual manera, en su desarrollo legal mediante LO 1/82, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el legislador ha declinado esta labor.

¹³ En particular, respecto de la configuración del derecho fundamental a la intimidad en el

esto es, el fin de la tutela. Ahora bien, ese desarrollo jurisprudencial por parte de los tribunales estatales correspondiente siempre deberá respetar los límites que el TEDH ha sentado con su jurisprudencia sobre el alcance e interpretación de los derechos garantizados en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH)¹⁴, cuando se trate de Estados miembros de dicho Convenio.

El problema de su delimitación se ve potenciado por el hecho de que todas las legislaciones nacionales utilizan distintas expresiones lingüísticas para referirse a estos derechos destinados a la protección de la esfera privada, lo que hace en un principio difícil la acotación uniforme de los bienes jurídicos que se pretenden proteger. Por ejemplo, el término o noción *intimidad* tiene distintas denominaciones según los países: la *privacy* anglosajona¹⁵, la *vie privée* francesa, la *riservatezza* italiana y la *inimsphäre* o *geheimsphäre* alemana (por poner algunos ejemplos). Así mismo, la intimidad y vida privada no son expresiones sinónimas en los sistemas jurídicos nacionales o internacionales, ya que en términos generales lo *íntimo* se percibe como un núcleo más interno que lo *privado*¹⁶. De esta forma, la intimidad se refiere a lo que está en el interior

sistema jurídico español véase toda la jurisprudencia del TC referida en I. Álvarez Rodríguez, “El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional más reciente”, *Revista Foro (Facultad Derecho UCM)*, Madrid, 2012, (en prensa).

¹⁴ Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma el 4 noviembre de 1950 (BOE núm. 243, de 10.X.79).

¹⁵ En el Derecho español la expresión privacidad ha sido recogida del Derecho anglosajón (asumiendo el término *privacy*). Esto puede verse por ejemplo, en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (BOE núm. 298, de 14.XII.99, en adelante LOPD) ya que, como se afirma por cierta doctrina, se recoge con un sentido que no coincide enteramente con el de intimidad (cf. C. Ruíz de Miguel, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, 1995, pp. 29-30). Respecto de la interpretación de la LOPD véase la STC 292/2000, de 30 de noviembre (Recurso de inconstitucionalidad sobre los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la LOPD). Por el TC se declara la inconstitucionalidad de estos artículos por considerar que son atentativos del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE.

¹⁶ Aunque en el ordenamiento jurídico español no existe distinción legal ni jurisprudencial entre intimidad y vida privada, para L. Rebollo Delgado es necesaria tal distinción por la diferente concepción en Europa entre intimidad y vida privada, tanto en Derecho comparado como en los textos internacionales. Por ejemplo, el CEDH habla del derecho a la vida privada (art. 8) que ha sido interpretado por el TEDH con un significado más amplio y sustitutivo de intimidad -como un concepto genérico constituido por un conjunto de derechos entre los que se encuentra la intimidad-. En este sentido puede verse la STEDH asunto *Niemietz*, de 16 de diciembre de 1992, A-251-B, donde dentro de la noción vida privada se incluyen las actividades comerciales y profesionales. En esta misma línea, reclama y

de la persona, y la privacidad es la condición o estado de quien o quienes están apartados de la compañía o del examen de los demás. Esta distinción se ve claramente en el lenguaje anglosajón (diferenciando entre *intimacy* y *privacy*), ahora bien entre la doctrina nacional se suele utilizar la expresión *intimidad* y, consecuentemente, se habla del derecho a la intimidad¹⁷. En este sentido, se ha referido la existencia de dos importantes posiciones para abordar el debate en torno al derecho a la intimidad, y en función de la que se refiera esto condicionará en gran parte las consecuencias que de este derecho se deriven. Por un lado, se encuentra aquella aproximación que aboga por una intimidad en sentido estricto, que hace referencia a lo interior, a lo más reservado del ser humano y, por otra parte, aquella que opta por una intimidad en sentido amplio, que equivaldría a la vida privada o “*privacy*” -en los términos establecidos por la doctrina y jurisprudencia anglosajonas-¹⁸. En definitiva, los límites entre lo privado, lo público y la intimidad son cambiantes y dinámicos, toda vez que se transforman en función de las circunstancias particulares, pero lo que resulta común a todas estas aproximaciones es que su fundamentación se encuentra en la dignidad humana¹⁹. Existe uniformidad en todos los ordenamientos jurídicos nacionales en que la intimidad o

precisa las delimitaciones jurídicas entre intimidad, privacidad y vida privada para poder conocer el ámbito, alcance y contenido del derecho a la intimidad. *Vide*, L. Rebollo Delegado, *El derecho fundamental a la intimidad*, 2ª ed. Madrid, 2005, respecto de la distinción entre las nociones de intimidad y vida privada, pp. 73 y ss., pp. 352 y ss.; y en relación a la delimitación jurídica entre intimidad, privacidad y vida privada, pp. 125 y ss.

¹⁷ Entre otros, véanse, M. Galán Juárez, *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Madrid, 2005, pp. 22 y ss.; F. Herrero-Tejedor Algar, *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 1994, pp. 35 y ss. De otro lado, ver F.H. Cate, *Privacy in the Information Age*, Washington, D.C., 1997; F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruselas, 1990; C. Ruiz Miguel, *La configuración constitucional...*, *ob. cit.*, pp. 30 y ss.

¹⁸ *Vid.*, N. Noguerols Peiro, *La intimidad económica en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1986, p. 566

¹⁹ Tal y como ya se recogía en el artículo de S. Warren y L. Brandeis, “Right to privacy”, *HLR*, Vol. IV, Nº 5, Dec.15-1890, pp.193-221. Lo más destacado de este artículo, por lo novedoso, era su insistencia en que la *privacy* –entendida con el derecho a ser dejado solo (*to be left alone*)- es un interés que el hombre tendría que ser capaz de afirmar directamente y no de manera derivativa desde sus esfuerzos para proteger otros intereses. En los mismo términos, *vid.*, J. Martínez de Pisón, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1992, p. 81; M. Massimini, *Il diritto alla privacy. Motivi ed aspetti di una tutela problematica*, Milán, 2002, pp. 20 y ss.; L.J. Mieres Mieres, *Intimidad personal y familiar. Prontuario de jurisprudencia constitucional*, Navarra, 2002, p. 27.

privacidad, como valor, es inherente al ser humano, pues resulta imprescindible para su desarrollo personal y de identidad, y para ello, es necesario que el hombre goce de un espacio o área que abarque distintos aspectos de su vida individual y familiar que esté libre de cualquier intromisión no deseada por terceros²⁰. En definitiva, esto es lo que debe constituir el objeto de protección de estos derechos de la personalidad: la “esfera privada”, cualquiera que sea la denominación utilizada. Ahora bien, lo que va a cambiar de un ordenamiento jurídico a otro es el alcance que se le reconoce y ampara a dicha esfera -así como los mecanismos y técnicas para su tutela-.

2. El honor, la intimidad y la propia imagen buscan conjuntamente la protección de las distintas manifestaciones de la privacidad o de la vida privada. La concreción de la noción “vida privada/privacidad”, como el objeto de tutela, determinará qué aspectos de la vida están vetados a los demás por estar destinados a no trascender a lo público -y con ello los derechos previstos para su protección-. Es aquí precisamente donde se encuentran las mayores diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales. Aunque sí pueden destacarse rasgos comunes en el tratamiento jurídico de esta noción en determinados grupos de países, como por ejemplo, los sistemas pertenecientes a las denominadas civilizaciones occidentales. En líneas generales los sistemas jurídicos nacionales de estos países parecen tener en común la inclusión dentro de esta esfera de vida privada de aspectos tales como las relaciones personales y familiares, afectivas y de filiación, creencias y preferencias religiosas, ideologías políticas, condiciones personales de salud, convicciones personales, identidad o inclinaciones sexuales, personalidad psicológica, comunicaciones personales privadas por cualquier medio, incluso por algunos se incluyen la situación financiera personal y familiar²¹.

²⁰ Vid. STC 53/1985, donde en su FJ 8 establece: “Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”.

²¹ Por ejemplo, este último aspecto se encuentra expresamente excluido del marco configurador de la noción “vida privada” en el ordenamiento español, tal y como ha señalado la

2.- Caracteres comunes

3. Son varias las razones que justifican el tratamiento conjunto de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen. En primer lugar, este tratamiento respondería a su doble condición de derechos fundamentales y derechos de la personalidad. En segundo lugar, porque su evolución necesariamente debe ir pareja por varios motivos. Por un lado, en atención al condicionamiento de su ámbito de protección por los factores sociales y tecnológicos concurrentes en cada momento²² y, por otro, por sus constantes conflictos con otros derechos y libertades igualmente fundamentales - básicamente el derecho a la libertad de expresión e información-. Todo ello permite agrupar conjuntamente la problemática que surge en torno a estos derechos -de una manera coherente- en lo que respecta a la configuración de su contenido y régimen jurídico²³. La interrelación entre estos derechos de la personalidad puede apreciarse igualmente en el Derecho comparado, e incluso en algunos ordenamientos jurídicos se entiende como relación de interdependencia o subordinación²⁴. En este sentido, en aquellos países en los que específicamente no se reconoce un derecho a la propia imagen -de forma individualizada-, habitualmente éste se deriva por la jurisprudencia como parte del derecho general de cada individuo a su propio desarrollo como ocurre en

jurisprudencia constitucional. Véase, STC 76/1990, de 26 de abril, donde el TC ha establecido que no se incluye dentro del objeto de protección del derecho a la intimidad el secreto bancario (FJ 9º).

²² Vid. D. Feldman, "Privacy-Related Rights and their Social Value", en P. Birks (ed.), *Privacy and Loyalty*, Oxford, 1997, Cap. 2, pp. 15-50.

²³ Vid. R. Bercovitz Rodríguez Cano: "Derecho al honor y a la intimidad personal", *CCJC*, nº 16, 1988, pp. 179-196.

²⁴ Por ejemplo, en el sistema inglés se recoge conjuntamente -agrupados dentro del denominado *right to privacy*- el derecho a la intimidad personal, familiar, inviolabilidad de domicilio y correspondencia, y la protección frente a cualquier ataque al honor o dignidad. Esto supone su reconocimiento como derechos fundamentales y su tratamiento conjunto mediante la protección por ley contra cualquier ataque a los mismos. El derecho a la propia imagen se considera como una parte integrante de la dignidad, sin que se recoja independientemente un derecho específico a la propia imagen. En relación con la protección conjunta de la intimidad y el derecho al honor en el Reino Unido, ha de afirmarse que no existe un reconocimiento por la ley de un derecho general a la *privacy* sino que ésta contiene previsiones concretas aplicables ante determinadas circunstancias para proteger la privacidad. Vid. S.K. Sharma, *Privacy law: a comparative study*, India, 1993, pp. 19-22.

el Derecho alemán²⁵. Por lo que en estos casos la protección del derecho de imagen estará fundada en la protección de la personalidad²⁶.

4. Su carácter común de derechos fundamentales supone que de los mismos se predicen tres de las características que se vinculan a los derechos de la personalidad: su irrenunciabilidad, su inalienabilidad y su imprescriptibilidad²⁷. Estos derechos están, de igual manera, dotados de otros dos caracteres básicos íntimamente unidos a los anteriores. Se trata de su “inherencia” a la condición de ser humano y la “esencialidad” de los derechos de la persona²⁸. Tradicionalmente a los derechos de la personalidad se les reconoce los caracteres de indisponibilidad, inalienabilidad, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad, la no patrimonialidad, y con ello su extinción con la muerte del titular y consecuentemente su intransmisibilidad a los herederos²⁹ (si bien con ciertas excepciones establecidas por ejemplo en relación con el denominado *right of*

²⁵ En este sentido, *vide*, Federal Court of Justice (*BGH*), *GRUR*, 1958, pp. 409-410 (referencia en M. Eslava Rodríguez, *La protección civil del derecho a la vida privada en el tráfico privado internacional: Derecho aplicable*, Cáceres, 1998, p. 52).

²⁶ Se parte de la existencia y el reconocimiento de una libertad de la persona dentro de su más personal vida privada, por ejemplo para evitar interferencias injustificadas, en libertad y responsable de su autodeterminación y de sus actividades personales y, en definitiva, la libertad de los individuos para tomar sus decisiones fundamentales por ellos mismos. *Vide* S. Blackshaw, R. C. R. Siekmann (eds.), *Sport image Rights in Europe (ASSER International Sports Law Series)*, La Haya, 2005, p. 109.

²⁷ La LO 1/82 plasma estas tres características comunes para estos derechos de manera conjunta en su artículo 1.3 al disponer que “El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible (...)”. En relación con estos caracteres en general, y la no patrimonialidad en particular, *vid.*, A. de Cupis, “I diritti della personalità”, en *Tratt. di dir. civ. e comm.*, A. Cicu, F. Messineo (dir.), T. I, Milán, 1973, p. 48; M. Dogliotti, “Le persone fisiche”, en *Tratt. di dir. priv.*, P. Rescigno (dir.), T.I, vol. 2, Torino, 1982, p. 56.

²⁸ Grimalt Servera considera que precisamente el carácter inherente y esencial de los derechos de la personalidad traen como consecuencia necesaria la irrenunciabilidad, inalienabilidad y la imprescriptibilidad de estos derechos. *Cf.* P. Grimalt Servera, *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Madrid, 2007, p. 51. En el mismo sentido puede encontrarse jurisprudencia del Tribunal Supremo Norteamericano donde se refiere a la privacidad como “nuestro respeto a la inviolabilidad de la personalidad humana” y como un “derecho tan arraigado en las tradiciones y conciencia de la gente que solo puede tener la condición de fundamental”. *Vide*, asunto *Murphy v. Waterfront Comm'n of New York Harbor*, 378 U.S. 52 (1964), § 55.

²⁹ Lo que no debe confundirse con la posibilidad de la tutela *post mortem* de estos derechos por los que resulten legitimados -fundamentalmente los causahabientes del titular-.

publicity).³⁰

Existe un acuerdo general para admitir que los derechos de la personalidad son “inherentes a la condición de ser humano”³¹. Esto supone que todo ser humano, por el mero hecho de serlo, disfruta de los derechos de la personalidad³². Esta inherencia se encuentra íntimamente ligada a la idea de dignidad humana, y, en consecuencia, al recaer sobre la persona, como tal, cabe afirmar que son extrapatrimoniales³³ (dejando al margen la posibilidad de “patrimonializar” algunos aspectos del derecho a la propia imagen y la posibilidad de constituir negocios jurídicos de disposición de ciertos aspectos de la intimidad). Unido a esto se encuentra su consideración de esenciales para lograr el libre desarrollo de la personalidad (tal y como preconiza el art. 10.1 CE³⁴). Todo ello permite afirmar que los derechos de la personalidad son derechos “absolutos” -o *erga omnes*-, entendido como oponibles frente a todos. Pero esto no debe entenderse

³⁰ Donde se ha llegado a hablar de un supuesto de supervivencia de derecho tras la muerte, *vid.* T.J. McCarthy, *The Rights of Publicity and Privacy*, 2ª ed., New York, 2000, § 9: 2. también sobre la transmisibilidad de este derecho *vid.* E. Dias Oliveira, *Da responsabilidade Civil Extracontractual por violação de Direitos de Personalidade em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2011, pp. 113-114.

³¹ Por lo que atañe al Derecho español esto se deriva directamente del art. 10.1 CE, que se refiere “a los derechos inviolables que le son inherentes”. En este sentido, ver, entre otros, C. Martínez de Aguirre Aldaz, vv.aa. (Coord. P. Contreras), *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la persona*, 2ª ed, Madrid, 2001, p. 539; J. Royo Jara, *La protección del derecho a la propia imagen*, Madrid, 1987, p. 82.

³² Véase C. Rogel Vide, *Los derechos de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, 1985, pp. 45-46; J. M. Lete del Río, *Derecho de la persona*, 3ª ed., Madrid, 1996, p. 210; A. L. Cabezuelo Arenas, *Derecho a la Intimidad*, Valencia, 1998, pp. 92-93; C. Martínez de Aguirre Aldaz, *Curso de Derecho...*, *ob. cit.* p. 539; P. Grimalt Servera, *La protección civil...*, *op. cit.* p. 50. Y específicamente en relación con los menores como titulares de los derechos de la personalidad, A. Pascual Medrano, *Los derechos fundamentales y la nueva Ley de protección al menor*, en *La Protección Jurídica del menor*, (coord.. I. garcía Serrano), León, 1997, p. 147.

³³ *Vide* X. O’Callaghan Muñoz, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 1991, pp. 177-178; C. Martínez de Aguirre Aldaz, *Curso de Derecho...*, *ob. cit.*, p. 540; C. Rogel Vide, *Los derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pp. 48-49; J. Royo Jara, *La protección del derecho...*, *ob. cit.*, p. 83; F. Herrero-Tejedor Algar, *Honor, intimidad...*, *ob. cit.*, p. 58.

³⁴ Para que el ser humano pueda explotar todas sus posibilidades, esto es, que pueda desarrollarse como persona, necesita inevitablemente de los derechos de la personalidad. *Vid.* P. Grimalt Servera, *La protección civil...*, *op. cit.* p. 51; C. Rogel Vide, *Los derechos de la personalidad...*, *ob. cit.* pp. 45-46; F. Herrero Tejedor Algar, *Honor, intimidad...*, *ob. cit.* , p. 56, entre otros.

en el sentido de ilimitados, puesto que pueden entrar en conflicto con otros derechos igualmente fundamentales (y consecuentemente, de igual manera legitimados), debiéndose en estos casos de ponderar los derechos (bienes jurídicos) en conflicto para establecer cuál debe prevalecer en cada caso concreto -lo que ocurre típicamente entre estos derechos y las libertades de expresión e información-.

5. Los caracteres de inherencia y esencialidad de estos derechos determinan su reglamentación en el ordenamiento jurídico, lo que obliga a que el régimen jurídico previsto no pueda permitir que estos derechos queden vacíos de contenido por actuaciones propias de sus titulares (o acciones de terceros cuando medie consentimiento) por esa irrenunciabilidad e indisponibilidad. Por lo tanto, en términos generales no serán admitidas aquellas conductas tendentes a renunciar a los derechos de la personalidad o actos de disposición que tengan como resultado despojar al sujeto de tales derechos³⁵. Esta afirmación no está reñida con las posibilidades de disposición de ciertas facetas integradoras de estos derechos de la personalidad mediante diversos negocios jurídicos (por ejemplo vía contrato la venta de exclusivas sobre la vida privada, posados, “robados”, a través de la prestación del consentimiento para el tratamiento de datos personales, etc.)³⁶, ya sea de manera temporal, o bien de circunstancias o aspectos concretos³⁷ en función del ordenamiento jurídico aplicable. Las principales diferencias que pueden observarse en Derecho comparado (no sólo en relación con los países de Derecho anglosajón y el Derecho español, sino también con los países de su entorno), es la dejación que el legislador nacional ha realizado a la hora de regular cualquier aspecto de los posibles negocios jurídicos de disposición sobre los bienes jurídicos de la personalidad, con independencia de que se trate del derecho a la intimidad o a la propia imagen. En los países de Derecho anglosajón –al igual que en la

³⁵ Esto ocurre en la generalidad de sistemas nacionales, si bien, se trata de una cuestión de Derecho aplicable, de tal manera que será el ordenamiento rector del derecho de la personalidad en cuestión el que determine los caracteres propios del mismo y cómo inciden en su contenido, alcance y los límites que cuenta su titular en cuanto a su disposición (si es que ésta es posible).

³⁶ Sobre esta cuestión en el ordenamiento italiano, véase E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Nápoles, 1994.

³⁷ Sobre los posibles negocios jurídicos sobre los derechos de la personalidad en el sistema español véase, L. H. Clavería Gonsábez, “Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen”, *ADC*, 1984, III, pp. 31-69

mayoría de los países europeos³⁸ se reconoce sin ningún tipo de reserva, y en este sentido se reglamenta, la existencia de un derecho patrimonial a la imagen, que legitima a su titular a la explotación exclusiva de su “imagen” –entendida referida a cualesquiera de sus signos distintivos o característicos- con fines publicitarios o comerciales (que se concreta particularmente en el denominado *right of publicity*³⁹). En el caso español, al margen de la posible explotación económica de la imagen (expresamente prevista en el art. 7.6 LO1/82⁴⁰) no puede hablarse del reconocimiento de un derecho patrimonial general sobre bienes de la personalidad tal y como se encuentra actualmente la normativa aplicable –ni de la imagen ni de la intimidad-, si bien, esto no impide que en la práctica se pueda disponer de estos bienes mediante contrato con pleno fundamento legal (art. 2 LO1/82), pero con los problemas interpretativos que esto supone, debiendo ser suplida por la constante actividad integradora por la jurisprudencia en este sentido⁴¹. En definitiva, lo que la indisponibilidad y la irrenunciabilidad obligan es a impedir que el titular del derecho pueda deshacerse completamente y para siempre de él⁴².

³⁸ Vid. S. Blackshaw, R. C. R. Siekmann, *Sport image Rights, ob. cit.*, pp. 89 y ss.

³⁹ El denominado derecho patrimonial sobre la imagen, tiene su origen en el Derecho de los EEUU (*right of publicity*), si bien su recepción en el Derecho español no es del todo pacífica entre la doctrina. Acerca de las similitudes entre la regulación española y la estadounidense, ver S. R. Barnett, “The right to One’s Own Image: Publicity and Privacy Rights in the United States and Spain”, *AJCL*, vol. 47, 1999, pp. 555-581 (en particular, pp.579-581); por su parte, F. Iguartua Arregui, en *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Madrid, 1991, hace especial referencia a la situación de EEUU, en las pp. 82-86

⁴⁰ En este sentido, una de las posibles intromisiones ilegítimas es “*La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga*”.

⁴¹ Mientras no se proceda a la necesaria reforma del *status quo* de la materia, por la jurisprudencia nacional deberá seguirse con su labor de integración ante este tipo de litigios, utilizando para ello tanto principios constitucionales como jurídico-privados, ya que la aplicación literal de los preceptos vigentes puede resultar desproporcionada, o al menos desajustada a la realidad y en definitiva, contraria a la justicia material. En relación con los posibles principios aplicables para tal labor jurisprudencial de interpretación e integración, véase las propuestas de L. H. Clavería Gonsábez, “Negocios jurídicos...”, *loc. cit.*, pp. 56-58 y p. 69.

⁴² En este sentido, se habla de la indisponibilidad de los derechos de la personalidad y su utilización económica a través de los negocios jurídicos. Vid., C. Ridolfi, *Persona e mass media: la tutela della persona nelle trasmissioni televisive tra autonomia contrattuale e diritti fondamentali*, Padova, 1995, pp. 27-37. No obstante, podemos encontrar doctrina que no admite automáticamente, y de forma absoluta, la imposibilidad de la completa disponibilidad y de la renuncia total de un derecho de la personalidad. Así, Grimalt Servera admite que en algunos casos, en aras al “libre desarrollo de la

Respecto de la imprescriptibilidad de estos derechos de la personalidad, ésta se deriva lógicamente del carácter inherente de los mismos, que los hace irrenunciables y, por ende, su dejación no puede suponer su pérdida⁴³. Únicamente podrá darse la extinción de los derechos de la personalidad con la muerte de la persona titular. No obstante, hay supuestos en los es posible la transmisibilidad *mortis causa* de los derechos de la personalidad, como por ejemplo el caso del *right of publicity*.

6. Otro elemento de unión entre estos derechos, si bien de carácter interpretativo, se encuentra en la noción de dignidad. La dignidad de la persona va a actuar como criterio de interpretación de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen. Por lo tanto, la dignidad va a ser utilizada como el elemento esencial para determinar el alcance estos derechos. El contenido de estos derechos remite, por sí mismo, al valor dignidad, de manera tal que la determinación de su alcance lleva siempre a precisar qué conductas pueden ser consideradas como contrarias este valor desde la perspectiva del bien que tutelan⁴⁴. Este procedimiento es el seguido por el TC, el cuál apela al valor

personalidad” y la “dignidad humana”, no puede descartarse la posibilidad de que el titular pueda renunciar definitivamente de algún derecho; haciendo referencia a un caso en particular, los supuestos en los que en un mismo sujeto colisionan entre sí distintos derechos de la personalidad: derecho a la vida y derecho a morir dignamente “como manifestación del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana”. Vide, P. Grimalt Servera, *La protección civil...*, op. cit., p. 52 (en nota n°. 95); G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità: [il problema dell' sfruttamento economico degli attributi della persona in prospettiva comparatistica]*, Nápoles, 2005, pp. 250-300.

⁴³ Vid. entre otros, C. Crevillén Sánchez, *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Madrid, 1995, p. 25; C. Rogel Videl, op. cit., p. 50; F. Herrero-Tejedor, op. cit., p. 58; X. O'Callaghan Muñoz, op. cit., p. 179; L. Díez Picazo, A. Gullón Ballesteros, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 11ª ed., Madrid, 2003, p. 25.

⁴⁴ Vide, F. Batista Jiménez, “La eficacia del valor dignidad de la persona en el sistema jurídico español”, *Biblioteca Jurídica Virtual*, Cuestiones Constitucionales, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/11/ard/ard1.htm> (vista el 23 de septiembre de 2009). La noción dignidad es utilizada tanto en el ámbito del discurso internacional, por ejemplo en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, artículo 1 y artículos 22 y 23 (3); o Preámbulo y artículo 13 del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de 1966; como en el nacional, ya que son numerosas las constituciones nacionales que reciben en su texto la noción de dignidad humana (como es el caso español en el art. 10 CE).

dignidad de la persona a efectos de determinar el alcance de estos derechos – ahora bien, como criterio interpretativo del derecho no como *ratio decidendi*-⁴⁵. Esto mismo ocurre en el Derecho comparado -más allá del contexto europeo-, como por ejemplo en el Derecho de EEUU (ejemplo paradigmático de tutela máxima de la libertad de expresión en detrimento del resto de derechos, en especial, de los referidos a la personalidad). Esta aproximación se deriva de la propia práctica jurisprudencial en los Estados Unidos, pues el Tribunal Supremo con independencia de qué instrumento legal utiliza como fundamento legal para resolver (la *Tort Act*, la Cuarta Enmienda, la Primera Enmienda o cualesquiera otra relativa a la protección de los derechos fundamentales), la obligación común en todas ellas es la dignidad. En todos los casos planteados ante el Tribunal Supremo de EEUU éste no ha sido capaz de hablar de privacidad sin referirse a la dignidad –o alguno de sus sinónimos: respeto, valor, autovaloración, amor propio, etc.-. Todo ello permite sugerir que el Tribunal Supremo americano realmente protege la dignidad humana como el valor subyacente de la privacidad. Aunque se justifique la existencia de limitaciones -para un correcto funcionamiento de la sociedad-, el interés en mantener una nación abierta y libre exige que las legislaciones y los tribunales protejan este valor principal. Es tal la interacción existente entre estas dos nociones (privacidad-dignidad), que incluso se ha llegado a sugerir la conveniencia de sustituir el derecho a la privacidad por la dignidad⁴⁶.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, la STC 105/1990, de 6 de junio. En este asunto, en el que se planteaban los límites entre dos derechos fundamentales como son el derecho a la libertad de información y el derecho al honor, por parte del TC se apela al valor dignidad con el propósito de delimitar el alcance del derecho al honor, reconociéndolo como límite del derecho a la información veraz. En particular, el TC después de dejar claro que la protección a la buena fama y honor de las personas "responde a valores constitucionalmente consagrados, vinculados a la dignidad de la persona y a la seguridad pública y defensa del orden constitucional" (FJ 3º), determina que la Constitución no reconoce un derecho al insulto, pues ello "sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el artículo 10.1 del texto fundamental" (FJ 8º). Esta forma de invocar la dignidad de la persona como criterio interpretativo se repite en diversas resoluciones. *Vide*, STC 170/94, FJ 4º, STC 214/91, FJ 8º. En lo tocante a la intimidad, los supuestos en que el TC ha recurrido a la noción dignidad de la persona para resolver cuestiones que se le han planteado referidas a este derecho algunas veces lo ha hecho con efectos positivos y otras negativos. *V. gr.* STC 37/1989, FJ 7º. Es tal la relación entre la intimidad y la dignidad que se ha llegado a afirmar esta relación es inherente, incluso indisociable. *Vide*, STC 231/1988, FJ 8º; STC 197/1991, FJ 3º. En los mismos términos se ha pronunciado el TC en relación con el derecho a la propia imagen. *Vid.*, STC81/2001, FJ 2º; STC 138/2001, FJ 5º.

⁴⁶ En este sentido, J. M. Miller aboga por la dignidad como "sustituto" de la intimidad ya que

7. Como consecuencia de la indisoluble relación de estos derechos de la personalidad con la dignidad se ha llegado a argumentar que el bien jurídico protegido por aquellos -en última instancia-, es el mismo: la intimidad de la persona –fruto de la dignidad reconocida en el art. 10 CE⁴⁷-. Pero la identidad de objeto en estos derechos (del bien jurídico protegido), no es compartida por toda la doctrina, recurriéndose a posturas que consideran que los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen se encuentran dotados de una sustantividad propia, específica -siendo distinto, por tanto, el bien jurídico que tutelan-. A este respecto, hay quienes afirman que en el caso del derecho a la intimidad el bien jurídico protegido es una libertad fortalecida o preeminente que la persona reclama para sí en el ámbito de lo íntimo; mientras que en el derecho al honor lo que se protege no es la libertad, sino el patrimonio moral de las personas⁴⁸. De manera similar, se ha mantenido que si bien el derecho a la imagen no es más que una manifestación concreta del derecho a la intimidad, no ocurre siempre así en lo referente al derecho al honor, razón por la cual el artículo 18.1 CE gira en torno a dos bienes jurídicos únicamente: la intimidad y el honor⁴⁹.

ésta, dadas las circunstancias actuales, queda vacía de contenido pues se trata de una ficción legal, cuyos contornos son redefinidos en cada momento, mientras que la dignidad es intocable –es más, debe ser maximizada en la medida de lo posible-, y a diferencia de la intimidad, la dignidad se encuentra expresamente recogida en la Constitución americana. *Vid.* J. M. Miller “Dignity as a New Framework, Replacing the Right to Privacy”, *T. Jefferson L. Rev.*, Vol. 30, No. 1, 2007, pp. 1-52 (en particular, pp. 4 y ss, pp. 11-34.; y el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense en el que se sustituye intimidad por dignidad, pp. 45-50).

⁴⁷ Véase, por ejemplo, Alzaga Villaamil (dir.) , *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1981, nota 5, p. 207; A. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, 1992, pp. 337 y ss.; M. Carrillo, "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental", *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 18, 1994, p. 6; S. Basile, "Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas", en vv.aa., *La Constitución española de 1978, op. cit.*, nota 5, p. 299; L. Osorio Iturmendi, "Artículo 18", en vv. aa., *Comentario a la Constitución: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1995, p. 141. Esta argumentación de la identidad de bien jurídico protegido es la que justifica la posición de alguna doctrina a la hora de defender el reconocimiento de un único derecho, la intimidad, que abrazaría distintas manifestaciones, como la propia imagen y el honor –entre otras-. *Vide*, C. Ruíz Miguel, *op. cit.*, pp. 29 y ss.; J. Vidal Martínez, *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982*, Madrid, 1984., p. 35.

⁴⁸ Cf. J. Vidal Martínez, *El derecho a la intimidad...*, *op. cit.*, p. 23, en nota nº 37.

⁴⁹ *Vide*, M. Bajo Fernández, "Protección del honor y de la intimidad. Comentarios a la legislación penal", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1982, t. I, pp. 97-126, en esp. p. 98. En este

En cualquier caso, que estos derechos fundamentales tengan tanto un mismo contenido esencial⁵⁰ o fundamento común –la dignidad de la persona–, como un mismo objeto –la salvaguarda de la persona–, no permite concluir que se exija su reglamentación conjunta, ni mucho menos que se esté en presencia de un único derecho fundamental, toda vez que, a pesar de las íntimas relaciones que entre éstos existen, se han de considerar como autónomos e independientes por el simple hecho de que circunscriben circunstancias específicas diversas entre sí⁵¹. De la misma forma, no puede interpretarse como un impedimento al reconocimiento de la autonomía e independencia de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, el hecho de que el TC al calificar ciertas conductas, de forma más o menos reiterada, las declare como infractoras de estos derechos considerados de forma conjunta –especialmente tratándose del derecho al honor en relación con el de la intimidad–.

8. Concluyendo, sin perjuicio de sus evidentes identidades, el honor, la intimidad y la propia imagen son derechos distintos, independientes, aunque presenten características similares. No obstante, de los textos legales no se deriva claramente esta conclusión. El tenor literal de los artículos 18.1, CE y 1.1 de la LO 1/1982, al proclamar en singular el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, llevó a la doctrina a plantearse si se trataba de un derecho tricéfalo, es decir, un mismo derecho pero con tres manifestaciones distintas⁵², o de tres derechos distintos como ha concluido la

sentido, Jiménez de Parga considera que el derecho al honor tiene entidad propia y, en tal virtud, debe predicarse del mismo un contenido esencial, con unas características y efectos específicos y desvinculados del resto de los derechos de la personalidad (cf. “Prólogo” a la obra de F. Herrero-Tejedor Algar, *Honor, intimidad..., ob. cit.*). En esta misma línea, véase, entre otros, T. Vidal Marín, *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, Madrid, 2000, p. 65; J. Jiménez Campo, “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *REDC*, Año nº 7, núm. 20, 1987, pp. 35-82, en particular, p. 40; E. Estrada Alonso, E., *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo*, Madrid, 1988, p. 56; y J. M. Desantes Guanter, *Los límites de la información: la información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las 100 primeras sentencias* Madrid, 1991, p. 71.

⁵⁰ En relación con el contenido esencial de los derechos, y en particular del derecho al honor, véase, M. L. Balaguer Callejón, *El derecho fundamental al honor*, Madrid, 1992, pp. 131-142.

⁵¹ El análisis de la jurisprudencia del TC español no admite duda alguna, distingue claramente entre el derecho al honor, del derecho a la intimidad y del derecho a la propia imagen.

⁵² Ha sido la propia Jurisprudencia del TS la que ha reconocido en diversos fallos que se contemplan tres derechos distintos, y no un derecho tricéfalo, aunque tratándose de la intimidad y la

jurisprudencia⁵³ -si bien, pueden encontrarse sentencias que son excepción a esta regla⁵⁴- . Esta autonomía supone que la lesión de uno de estos derechos no conlleva, de manera automática, la conculcación de los demás, pero lo que sí puede encontrarse son supuestos en los una misma acción puede suponer la violación de dos o tres derechos del art. 18.1 CE⁵⁵. Esto es, las identidades en los caracteres de estos derechos y su pertenencia -dentro de los derechos de la personalidad- a la esfera privada irreducible, ha supuesto reiteradamente en la práctica un tratamiento jurídico conjunto frente a su vulneración. Por poner un ejemplo ilustrativo -estudiado por la doctrina y con precedentes en la jurisprudencia nacional y extranjera- puede hablarse de la vulneración del derecho al honor a través de la imagen en un supuesto de una imagen con un pie de foto que se considere difamatorio⁵⁶.

imagen reconoce que "tienen más difícil separación dogmática y pragmática". Cf. STS 17 diciembre 1997, FJ 3º. Vid. al respecto M. L. Palazón Garrido, "La protección *post mortem* del contenido patrimonial del derecho a la propia imagen (consideraciones al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 1 de diciembre e 1999: caso "Marlene Dietrich")", AC, nº. 20, mayo 2003, pp. 495-520, en esp. p. 500.

⁵³ En estos términos pueden encontrarse sentencias del TS donde se reconoce que se contemplan tres derechos distintos, y no un derecho tricéfalo, aunque tratándose de la intimidad y la imagen precisa que "tienen más difícil separación dogmática y pragmática" (STS 17 diciembre 1997, FJ 3º). Vid. al respecto, M. L. Palazón Garrido, "La protección *post mortem*...", *loc cit.* Igualmente, en la misma línea, existe jurisprudencia constitucional. Vid. SSTC 14/2003, de 28 de de enero (FJ 1); 83/2002, de 22 de abril (FJ 52); 46/2002, de 25 de febrero; 156/2001, de 2 de julio; 139/2001, de 18 de junio; y Auto del TC 18/2004, de 6 de febrero.

⁵⁴ Hay sentencias del TC en las que se hace dudar al lector de la autonomía del derecho a la imagen respecto del derecho a la intimidad, toda vez, que parece que el derecho a la imagen esté amparado por el derecho a la intimidad. En este sentido, véanse SSTC 117/1994, de 25 de abril; 99/1994, de 11 de abril.

⁵⁵ Un análisis de las distintas posibilidades que pueden darse de las relaciones entre estos tres derechos, lo podemos encontrar –referido a la limitación que estos derechos constituyen para la libertad de expresión-, en X. O’Callaghan Muñoz, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 1991, pp. 96-99 y pp. 133-136.

⁵⁶ Este supuesto puede encontrarse en la jurisprudencia del TS, donde el alto tribunal reconoce la autonomía de estos derechos pero su interdependencia en la práctica, no sólo a nivel nacional sino también en la jurisprudencia extranjera. En este sentido *vide*, STS 827/2008, de 15 de septiembre de 2008, donde en su FJ 1º textualmente se indica que: "Lo que es claro es que el derecho a la imagen es distinto al derecho al honor; y puede lesionarse uno u otro, o vulnerarse ambos o atacarse el honor a través de la imagen: ésta es la acción que se ejercita en el caso presente, en que los actores, recurrentes en casación, consideran que se ha producido una intromisión en su derecho al honor por medio del pie de

En definitiva, con independencia de la denominación que se le dé a esos derechos configuradores de la “vida privada”, la cuestión más relevante es el distinto tratamiento jurídico que cada Estado les otorga⁵⁷, lo que determinará su ámbito de protección, sus límites y relación con otros derechos, las medidas de protección y procedimientos, los sujetos protegidos (legitimación activa), la determinación de responsabilidades (lo que incide en la legitimación pasiva), así como, las consecuencias económicas previstas en caso de lesión de estos derechos⁵⁸. Todo ello pone de manifiesto la importancia de la concreción de la jurisdicción competente para conocer y el Derecho que resultará de aplicación en caso de litigios por su conculcación.

foto que los califica, al estar identificados en la misma, como parientes de terroristas (...)”. En la jurisprudencia norteamericana también existen casos en los se han admitido acciones por difamación en relación con fotografías publicadas en medios de prensa al considerarlas atentatorias al honor de su titular. Por ejemplo, véase el asunto *Stanton v. Metro Corp.*, United States Court of Appeals, For the First Circuit, No. 05-1552, 23 febrero de 2006. En este supuesto la demandante presentó su reclamación basada en empleo negligente de su imagen en la revista *Boston magazine* para ilustrar un artículo sobre la sexualidad de los adolescentes.

⁵⁷ Puede hablarse de tutela directa mediante leyes específicas de desarrollo de estos derechos de la personalidad, como es el caso de España o Francia, o bien, protección indirecta como ocurre en el *common law* Inglés donde no existe una acción específica para la protección de la *privacy* sino que este derecho se protege a través de la *action for breach of confidence*. Vide, N. A. Moreham, “Case: *Douglas and others v Hello! Ltd.* The Protection of Privacy in English Private Law”, *Mod. L. Rev.*, Vol. 64, nº 5, 2001, pp. 767-774; G. Phillipson, H. Fenwick, “Breach of Confidence as a Privacy Remedy in the Human Rights Act Era” *Mod. L. Rev.*, Vol. 63, nº 5, 2000, pp. 660-693; J. Wright, “How private is my private life”, en L. Betten (Ed.), *The Human Rights Act 1998, What it means: the incorporation of the European Convention on Human Rights into the legal order of the United Kingdom*, London, 1999, pp. 111-140. Entre la jurisprudencia vide, asunto *Wainwright v. Home Office* (2003) UKHL 53, (2004) 2 AC 406.

⁵⁸ Para la determinación de la indemnización en caso de daños a la intimidad y, en particular en caso de difamación, es muy relevante localizar el Derecho que resulte de aplicación a estas reclamaciones dadas las importantes diferencias existentes en el tratamiento de este aspecto en general (responsabilidad civil extracontractual) entre los ordenamientos de los Estados pertenecientes a la familia del *common law* y a la Romano-Germánica, por la función que está llamada a cumplir cada sistema (resarcir, castigar, reparar). Más aun cuando en particular en esta materia las consecuencias de los daños a la reputación no son en principio cuantificables económicamente, siendo el problema más complejo para aquellos ordenamientos que protegen estos derechos de forma indirecta (o extensa, como es el caso de la *privacy* inglesa y la *action for breach of confidence*) con lo que los remedios previstos pueden no adecuarse. En consecuencia, esta cuestión puede plantear potenciales problemas de orden público más allá de su jurisdicción.

3.- Configuración como derechos fundamentales y su repercusión en el Derecho privado

9. La caracterización de estos derechos como fundamentales resulta esencial para el sistema DIPr (institucional y de fuente interna) porque va a permitir que se introduzca un elemento esencial que matiza su aplicación: el orden público. No obstante su consideración como fundamentales, esto no garantiza un tratamiento uniforme en los sistemas jurídicos nacionales -ni siquiera entre los Estados contratantes de los mismos instrumentos internacionales-, ya que será cada país el que decida la técnica legislativa para el reconocimiento y tutela, lo que se puede traducir en distintos derechos referidos a la personalidad y en diversos mecanismos de garantía y presupuestos para su aplicación (así como en diversos niveles de protección vinculados al diferente equilibrio entre derechos fundamentales, que se corresponde con el margen de apreciación que los instrumentos internacionales atribuyen a los Estados en la interpretación de estos derechos). Ahora bien, su reconocimiento como derechos fundamentales en el ámbito internacional y nacional en un principio no tendría por qué incidir en el DIPr –toda vez que su objeto lo configuran las relaciones privadas-, salvo que el tratamiento nacional de estos derechos tenga como destinatarios los particulares y reglamente las relaciones entre ellos (relaciones horizontales). En definitiva, la clave está en determinar si la reglamentación de estos derechos fundamentales tiene eficacia *interprivatos*.

10. Los derechos al honor, la intimidad y propia imagen tienen reconocido –y como tal deben tutelarse- su carácter fundamental por su vinculación con los textos constitucionales nacionales, así como su previsión en los textos, Declaraciones y Convenios internacionales más relevantes en materia de derechos del hombre. En este sentido están proclamados en España en el artículo 18 CE, y desarrollados legalmente mediante la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de 1982, sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, con carácter general (y en la LO 1/96, Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, sobre Protección Jurídica del Menor, para los supuestos en los que los titulares de tales derechos sean menores de edad). Como ya se anticipó, el artículo 18.1 CE se limita a enunciar estos derechos como fundamentales y en su virtud están garantizados por el texto constitucional, pero no define lo que debe entenderse por honor, por intimidad o por propia imagen, por lo que esta tarea ha tenido

que ser asumida por la jurisprudencia constitucional y la del Tribunal Supremo⁵⁹ - teniendo en consideración las precisiones que al respecto ha establecido el TEDH como límite infranqueable⁶⁰ -.

En el Derecho comparado puede observarse la configuración como fundamentales de estos derechos mediante su consagración en las Constituciones nacionales, pero de manera muy distinta tanto en lo que se refiere a la concreción de aquellos derechos de la personalidad que integran la esfera íntima de la persona (vida privada) como en la forma en la que se prevén. Entre los países del entorno pueden encontrarse ordenamientos que, al igual que el español, consagran algunos de estos derechos positivamente, por ejemplo el artículo 10.1º de la Constitución Finlandesa⁶¹ al disponer que: “Se garantiza la intimidad, el derecho al honor y la inviolabilidad del domicilio. La ley regulará la protección de los datos personales”. Aunque a diferencia del Derecho español aquí se observa la ausencia de previsión alguna respecto a la propia imagen. Esta laguna se integra mediante una interpretación extensiva del término o noción “intimidad”. Por otro lado, pueden agruparse aquellos Estados donde la consagración constitucional de estos derechos se realiza de forma negativa, es decir, como límites a otros derechos igualmente fundamentales. En este sentido puede hablarse del Derecho alemán, pues el art. 5º de la Constitución de 1949⁶² manifiesta que los derechos de libertad de expresión, de prensa y de información no tendrán más límites que los preceptos de las leyes generales y las disposiciones legales para los

⁵⁹ Para P. Grimalt Servera, la función concreta que, desde la consagración de estos derechos fundamentales, ha ido desempeñando tanto la jurisprudencia constitucional como la del TS, es la de “perfilear el qué se protege en abstracto –esto es, el fin de la tutela- con estos derechos”. Cf. P. Grimalt Servera, *La protección civil...*, op. cit., p. 26.

⁶⁰ En relación a la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 8 CEDH, y la concordancia con la Constitución Española y la jurisprudencia más significativa del TC sobre el art. 18 CE, vid. R. Alonso García, D. Sarmiento, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, 1ª ed. Madrid, 2006, pp. 116-118; en cuanto a las similitudes y diferencias entre el art. 8 CEDH y el 18 CE en el derecho a la intimidad, vide P. Santolaya Machetti, “Derecho a la vida privada y familiar: Un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad (art. 8 CEDH)”, en J. García Roca; P. Santolaya (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2005, pp. 487-507, en esp. pp. 490-493.

⁶¹ Vid. *Perustuslaki* (731/1999), de 11 de junio de 1999.

⁶² Ley fundamental para la República Federal de Alemania (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), de 23 de mayo de 1949.

menores y el derecho al honor personal⁶³. El sistema español se encuentra entre ambas posturas ya que consagra estos derechos de la personalidad tanto como derechos positivos como negativos -al establecerse como límites expresos de las libertades de expresión e información garantizadas en el art. 20 CE-.

11. Es preciso partir de una premisa esencial que va a afectar a los bienes jurídicos que resultan protegidos por estos derechos y, en consecuencia, condiciona su relación con otros derechos fundamentales. Cada uno de los conceptos que se manejan cuando se hace referencia a estos derechos personales son coyunturales, es decir, de naturaleza cambiante según los valores e ideas sociales vigentes en cada momento histórico⁶⁴. Consecuentemente, la valoración de cualquier intromisión en estos derechos debe verificarse al margen de cualquier subjetivismo del perjudicado, porque toda esta materia se localiza en el terreno de los demás que -como ha afirmado el TC-, no son sino la gente, cuya opinión como colectivo es la que marca en cualquier momento y lugar el nivel de tolerancia o de rechazo⁶⁵. Y es precisamente por la necesidad de valorar las intromisiones a estos derechos de la personalidad desde criterios objetivos, por lo que los órganos judiciales deben gozar de un margen de apreciación para concretar en cada caso cuándo se debe entender una actuación como lesiva del derecho fundamental que se protege⁶⁶. Esto tiene particular importancia a la hora de delimitar el ámbito de protección de estos derechos en relación con otros igualmente de carácter fundamental, como son principalmente la libertad de expresión e información. A esto ha de añadirse

⁶³ Fuera del continente europeo esta aproximación también ha tenido su reflejo en otros sistemas jurídicos nacionales. Por ejemplo, en el Derecho Mexicano la tutela de la vida privada se desprende de la articulación de los artículos 6, 7 y 16 de la Constitución mexicana. Se ha optado en este caso para el reconocimiento y protección de estos derechos de la personalidad por su configuración como límites expresos a otros derechos fundamentales: libertad de expresión (art. 6), libertad de imprenta (art. 7). Texto disponible en <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/> (actualizada a 9 de febrero de 2012).

⁶⁴ Existe numerosa jurisprudencia del TC que condiciona el ámbito de protección y garantía constitucional consagrado para estos derechos, según la interpretación que de los mismos se realice en cada momento por la sociedad. Estableciendo que: “el derecho al honor un concepto jurídico cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento”. *Vid.*, SSTC 180/1999, de 11 de octubre, FFJJ 4º y 5º; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6º; y 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5.

⁶⁵ *Vid.* STC 76/1995, de 11 de diciembre, FJ 3º.

⁶⁶ Véanse STC 112/2000, ya referida, FJ 6º.

que la ausencia de definición en la CE de estos derechos de la personalidad –y por lo general, en todos los textos constitucionales nacionales e internacionales- conlleva una falta de previsión *a priori* a la hora de determinar su ámbito de tutela y, en particular, sus límites cuando interactúan con los demás derechos fundamentales. Lo mismo ocurre en otros sistemas jurídicos, incluso de forma más manifiesta, como por ejemplo los problemas que en este sentido plantea el Derecho norteamericano, ya que la positivización de estos derechos de la personalidad no se ha realizado vía constitucional -ni por norma de rango inferior- sino que su reconocimiento y alcance viene determinado por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo norteamericano, mediante el reconocimiento expreso de ciertos ámbitos o espacios íntimos de la persona que deben tutelarse como un derecho fundamental⁶⁷ (el denominado *right of privacy*, pero sin facilitar definición o delimitación alguna de ese derecho o de los espacios íntimos que deben garantizarse).

12. En cualquier caso, los derechos fundamentales no son categorías constitucionales “autosuficientes” que con su mera enunciación constitucional se satisfagan todas las necesidades y vicisitudes. Para ello es necesario el desarrollo legislativo oportuno, respetando los límites señalados por la jurisdicción –nacional e internacional marcada fundamentalmente por el TEDH⁶⁸-. Resulta evidente que la previsión constitucional de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen garantiza su protección frente a cualquier acto que provenga de autoridad pública (relaciones verticales). Pero la cuestión que se plantea en relación con estos derechos, en tanto que fundamentales, es su eficacia en las relaciones entre particulares o relaciones horizontales⁶⁹ (la denominada *Drittwirkung* por la doctrina alemana). Para

⁶⁷ En este sentido, en el asunto *Jane Rose Vs. Henry Wade*, 410 U.S. 113 (1973), el magistrado del TS *Mr. Blackman* reconoce que existe un derecho fundamental de naturaleza jurisprudencial, el *right of privacy*, pero no da una definición clara de este derecho, pues habla de un derecho personal a la privacidad o una garantía de “ciertas áreas o zonas de privacidad”.

⁶⁸ Vid. F. Balaguer Callejón, “Derecho y Derechos de la Unión Europea”, J. Corcuera Atienza (coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, 2002, p. 56.

⁶⁹ Con carácter general, en la doctrina española, véase T. Quadra- Salcedo, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, 1981; J. García Torres, A. Jiménez Blanco, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La “Drittwirkung” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Madrid, 1986 y Alfaro Aguila-Real, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *ADC*, 1993, 1, pp. 57-122, en esp. pp. 59 y ss.

poder abordar la posible eficacia *interprivatos* de estos derechos resulta necesario previamente distinguir ciertos conceptos. Ha de diferenciarse entre los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad⁷⁰, que tienen ámbitos distintos (sin perjuicio que el objeto de ambos pueda coincidir) y sus consecuencias y mecanismos de tutela difieren⁷¹. Mientras que los derechos fundamentales se insertan dentro de ámbito de las relaciones entre individuo y Estado⁷²; las relaciones entre individuos y la protección de la persona están relacionadas con las doctrinas de la personalidad, del derecho subjetivo y, en particular, con la doctrina de daños, y es ahí donde se encuentra inserta la teoría de los derechos de la personalidad.

13. De la jurisprudencia del TEDH no se deriva una respuesta definitiva a la cuestión de si la CEDH obliga a los Estados parte a proveer un remedio o mecanismo para proteger la privacidad frente a actores privados (*interprivatos*)⁷³. Esto se traduce en que habrá que estar a la práctica particular de cada Estado parte a la hora de concretar e implementar sus obligaciones con la CEDH en su ordenamiento interno para dar respuesta a esta pregunta. Estos derechos en el ordenamiento español son fundamentales (art. 18 CE), por lo que los bienes de la personalidad son considerados como elementos básicos y preeminentes del ordenamiento, en contraposición con el carácter ordinario del resto de derechos subjetivos⁷⁴. Esto permite a todo ciudadano pedir su protección ante de los tribunales ordinarios mediante el ejercicio de su acción en juicio sumario. Pero la eficacia que atribuye el texto constitucional a los derechos fundamentales no es

⁷⁰ Para una exposición particular de los diferentes conceptos y metodologías con la que puede aproximarse a estos derechos, véase, M. Eslava Rodríguez, *La protección civil...*, *ob. cit.*, pp. 61-63.

⁷¹ Los derechos previstos y garantizados por la Constitución -fundamentales- son concebidos como un conjunto de límites o mandatos que, con eficacia inmediata, se dirigen a los mandatos públicos (como libertades individuales). *Vide*, C. Rogel Vide, *Los derechos de...*, *ob. cit.*, pp. 162-187.

⁷² *Vid.* E. Espín Canovas, “Los derechos de la esfera personal”, en L. López Guerra y otros, *Derecho constitucional*, Vol. I. *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia, 1994, pp. 189- 293, en particular, pp. 195 y ss.

⁷³ *Vide* G. Phillipson, “Transforming Breach of Confidence? Towards a Common Law Right of Privacy under the Human Rights Act”, *Mod. L. Rev.*, vol. 66, 2003, pp. 726-758 (en particular, p. 729).

⁷⁴ P. Pérez Tremps, señala como justificación de la denominación de fundamentales de estos derechos, desde la perspectiva constitucional, la naturaleza especial de estos derechos. *Vid.*, P. Pérez Tremps, “La interpretación de los derechos fundamentales”, en *Estudios de Derecho Constitucional: homenaje al profesor D. Joaquín García Morillo*, L. M. López Guerra (coord.), Valencia, 2001, pp. 119-134.

la misma cuando se está ante los poderes públicos que ante otros particulares. Son dos los posibles planteamientos a la hora de explicar las relaciones entre los derechos fundamentales y las relaciones entre particulares: a) la defensa de la eficacia inmediata *interprivatos* (*Drittwirkung*) y, b) la garantía de los derechos fundamentales a través del Estado, o eficacia mediata.

14. La *Drittwirkung* tiene especial interés respecto de algunos derechos fundamentales y libertades públicas, como es el caso de los derechos la personalidad en su dimensión moral. Esta relevancia es consecuencia directa de la propia redacción constitucional y de las distintas tesis que ante ella pueden adoptarse. Con anterioridad a la CE (según la concepción “clásica”) los derechos y libertades públicas eran concebidos originariamente como derechos frente al Estado: oponibles frente a éste, pero se dudaba si oponibles ante particulares⁷⁵. Esta tesis no se ha superado tras la CE⁷⁶ ya que no aclara nada en este aspecto, a diferencia de lo que ocurre con otras normas fundamentales de Estados del entorno que expresamente refieren esta cuestión⁷⁷. En relación con tales derechos y libertades las posturas están encontradas, aunque de forma común parece que se admite aquella parte de la *Drittwirkung* que consiste en el recurso de amparo contra sentencia dictada por Juez ordinario que no tutele el derecho fundamental lesionado por un particular⁷⁸ (mediante la interpretación flexible de los

⁷⁵ Los derechos fundamentales tendrían el sentido y función exclusivos de “garantizar un ámbito personal inmune a la injerencia estatal”, Cf. J. García Torres y A. Jiménez Blanco, *ob. cit.*, p. 11.

⁷⁶ Entre la doctrina nacional que admite esta fuerza jurídica de los derechos fundamentales, puede verse, J. Ballarín Iribarren, reseña a la obra de García Torres y Jiménez-Blanco, *Derechos fundamentales...*, *ob. cit.*, REDC, Año 8, núm. 24, Sept.-Dic. 1988, p. 291; de forma más atenuada reconoce respecto de los particulares una vinculación con estos derechos, P. Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, 1985, p. 184.

⁷⁷ Como ocurre con la Constitución portuguesa que reconoce la eficacia inmediata de los derechos, libertades y garantías constitucionales entre particulares. Esto se deriva directamente del propio texto constitucional, así, el art. 18.1 dispone: “Los preceptos constitucionales relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables y vinculan a las entidades públicas y privadas”. Por la doctrina portuguesa se afirma que según el texto constitucional los particulares no tienen la consideración de terceros ni constituyen un componente externo de la eficacia de los derechos, libertades y garantías. Vid. J J. Gomes Canotilho, V. Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volumen I, 4ª Edición Rev., Coimbra, 2007, pp. 144-154, en particular, p. 147.

⁷⁸ En este sentido véanse, T. de la Quadra-Salcedo, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, 1981, pp. 86 y ss. (en particular, pp. 99-100);

artículos 41 y 44 de la LOTC); o también la consistente en estimar nulas, por causa ilícita u otras razones, aquellas cláusulas contractuales o estatutarias que sean inmotivadas o vejatoriamente discriminatorias -aunque sea imposible impedir que un particular contrate o no con quien quiera⁷⁹. Lo que si que puede afirmarse es que no existe en el texto constitucional –ni en el resto del ordenamiento jurídico español- una base inequívoca que permita sustentar, con alcance general, la llamada “concepción clásica” (garantía únicamente frente al Estado)⁸⁰. El fundamento principal para esta postura clásica se encuentra en el art. 53.2 CE; si bien este precepto no se refiere exclusivamente a las violaciones de los derechos por obra de los poderes públicos⁸¹. Este problema interpretativo se ha eliminado en otros países, como por ejemplo en el Derecho alemán donde el art. 19.4 de la Ley Fundamental de *Bonn* sí contiene esta limitación⁸².

Alfaro Aguila-Real; “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *ADC*, 1993, 1, pp 57 y ss. (en particular, pp. 80-81). Pero también encontramos posturas en contra, entre otros, J. García Torres y A. Jiménez Blanco, *op. cit.*, p. 63, al afirmar que “el control de las violaciones de los derechos fundamentales por los particulares escapa a la competencia en amparo del Tribunal Constitucional – precisando que esta tesis- es compatible (con) la interpretación de los derechos fundamentales accionables en amparo, atribuyéndoles *Drittwirkung*”. Un estudio pormenorizado del tema lo podemos encontrar en P. Cruz Villalón, *Derechos fundamentales y Derecho privado*, Madrid, 1993, pp. 97 y ss (en concreto, pp. 111-112). En cualquier caso, el cuestionarse la posibilidad del recurso de amparo, implica el desconocimiento del art. 53.2 CE y el mismo concepto de derecho fundamental.

⁷⁹ En esta misma línea, ver, L. H. Clavería Gosálbez, “Negocios jurídicos...”, *loc. cit.*, en esp. p. 40; Alfaro Aguila-Real; “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *ADC*, 1993, 1, pp. 93 y ss; L. H. Clavería Gosálbez, “Comentario a los arts. 1274 a 1277 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, vol. 1º -B, Madrid, 1993, pp. 519 y ss (en particular, p. 574).

⁸⁰ Para Pérez Luño esta tesis clásica no es admisible tras el tránsito de un Estado liberal a un Estado social democrático de Derecho, que exige la extensión de la incidencia de los derechos fundamentales a todos los sectores del ordenamiento jurídico, y por tanto, también al ámbito de las relaciones entre particulares. Igualmente la eficacia inmediata de los derechos fundamentales vendría dada por una interpretación sistemática de los art. 53.1 en relación con el art. 9 CE. *Cf.*, A. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1988, pp. 23 y 67.

⁸¹ Precisamente desde esta perspectiva constitucional cierta doctrina concluye que no existe base textual, en nuestro Derecho, para afirmar, con carácter general, que los derechos fundamentales se tienen sólo frente a los poderes públicos. *Vide*, entre otros, J. García Torres, A. Jiménez-Blanco, *ob. cit.*, p. 289.

⁸² Texto en versión española disponible en <http://www.buenos->

La jurisprudencia del TC en interpretación del texto constitucional en un principio no resultó clara, ya que era posible encontrar resoluciones que se mostraban tanto a favor como en contra de la eficacia entre particulares⁸³. No obstante, sí cabe derivar implícitamente una postura favorable del TC, toda vez que la interpretación que realiza el Tribunal de los límites a su competencia en amparo frente a resoluciones judiciales cumple también la función de permitirle el control de éstas en materia de derechos fundamentales. Y esta interpretación ni admite ni parte de la idea de que los particulares no pueden violar derechos fundamentales. En esta última postura la afirmación de la *Drittwirkung* es explícita⁸⁴, toda vez que la previsión legal en el Derecho español de un cauce procesal para proteger las violaciones de derechos fundamentales causadas por particulares sustenta tal afirmación. El sistema jurídico español recoge una vía preferente y sumaria para la protección de estos derechos (como es el amparo judicial) que no puede entenderse limitada por razón de los sujetos -pues en la CE explícitamente no hay base para ello-, y existe una inequívoca interpretación legislativa de la CE en el sentido de no impedir el amparo por razón de la fuente de la violación (de la lesión del derecho).

Respecto de los derechos fundamentales al honor, la propia imagen y la intimidad la *Drittwirkung* resulta predicable⁸⁵ tanto desde el punto de vista procesal

aires.diplo.de/contentblob/2227504/Daten/375140/Grundgesetz_Download.pdf

⁸³ Véanse en este sentido las sentencias referidas por A. Pérez Luño, *ob. cit.*, p. 89. Y en particular en lo que se refiere a la interpretación del alcance del recurso de amparo frente a resoluciones judiciales (en aplicación del art. 44.1 LOTC), puede verse la STC 2/1982, por García Torres y Jiménez-Blanco, como un caso de *Drittwirkung*. Cf. J. García Torres, A. Jiménez-Blanco, *Derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 121-122. Para el caso de las lesiones derivadas de actos de poderes públicos no judiciales, el requisito del origen inmediato y directo (art. 44. 1 LOPJ), debe ser interpretado de manera que tenga como resultado la exclusión del recurso de amparo cuando la imputación de la lesión venga realizada a la resolución judicial que se limita a confirmar dicho acto. En otras palabras, el amparo únicamente procedería frente a actos u omisiones judiciales. En este sentido ver, STC 6/1981, de 16 de marzo.

⁸⁴ Precisamente por esa deficiente protección de las lesiones causadas por particulares (*ibid.*, p. 314).

⁸⁵ Lo que no cabe duda es que las sentencias pronunciadas por Juez ordinario que no sanciona la lesión a alguno de los derechos de la personalidad (honor, intimidad o propia imagen) por un particular, son susceptibles de recurrirse en amparo, ya que desprotege aquellos derechos. Lo que no es susceptible de amparo directamente ante el TC, es la propia actuación lesiva llevada a cabo por el particular, pues

como sustantivo. Desde la perspectiva procesal esto se sustenta en tanto que puede interponerse recurso de amparo frente a sentencia dictada por Juez ordinario que no tutele el derecho lesionado por un particular, y de igual forma cabe acudir al procedimiento preferente y sumario ante Juez ordinario tanto si la violación del aquel derecho tiene lugar por parte de la Administración como por un particular⁸⁶. En lo que respecta al Derecho sustantivo, la LO 1/82 reglamenta estos derechos, su alcance y límites, los supuestos que constituyen intromisiones ilegítimas –y las correlativas exenciones de responsabilidad- y las medidas de tutela frente a tales intromisiones, y todo ello con independencia del carácter del sujeto agente que cometa la intromisión. Consecuentemente, todo ello se conjuga para reconocer estos derechos fundamentales de la personalidad como derechos subjetivos también frente a los particulares y en las relaciones jurídico privadas. En este sentido, en el Derecho comparado puede observarse que hay países en los que no se regula un medio específico para la protección de los derechos fundamentales conculcados por particulares, deben en estos casos utilizarse distintos cauces para garantizar los objetivos de la *Drittwirkung*. Por poner un ejemplo cercano, en el ordenamiento jurídico italiano los intereses de la *Drittwirkung* se entienden suficientemente protegidos mediante una interpretación de normas objetivas de conformidad con la Constitución⁸⁷.

ante ésta solo cabe la protección por Tribunal ordinario por la vía ordinaria y por la sumaria y preferente (LEC). Este planteamiento de garantías procesales frente a actos lesivos de particulares plantea dificultades a la hora de reconocer, por la doctrina, si se está verdaderamente ante la *Drittwirkung*. En cualquier caso, tal y como reconoce Clavería Gosálbez, esta cuestión denominativa poco afecta a estas figuras jurídicas (honor, intimidad y propia imagen), Cf. L. H. Clavería Gosálbez, “Negocios jurídicos...”, *loc. cit.*, p. 40 (nota a pie nº. 21).

⁸⁶ La anterior Ley 62/1978, del 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, contemplaba procedimientos distintos según se tratara de una agresión de carácter público o particular. Esta Ley se encuentra actualmente derogada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en lo que se refiere a la garantía jurisdiccional civil de estos derechos. La LEC establece en este sentido que los procedimientos correspondientes para su tutela se sustancien por un cauce procedimental, de tramitación preferente, más rápido que el establecido por la Ley de 1978: el de los juicios ordinarios, con demanda y contestación por escrito, seguidas de vista y sentencia (Exposición de motivos X), sin distinciones en cuanto a la tramitación según se trate de entidad pública o particular el demandado.

⁸⁷ De esta forma lo interpreta P. Recigno, al defender que los instrumentos tradicionales del Derecho privado resultan, en general, suficientes para controlar las manifestaciones de la autonomía (negocial), también en los supuestos en los que entren en conflicto valores sancionados por el texto

15. En definitiva, parece que para dar solución al problema de la efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones horizontales ha de reconducirse la cuestión al ámbito de las competencias de los jueces, del legislador y del TC, así como al nivel de tutela constitucionalmente exigido⁸⁸. Respecto del legislador esta posición se fundamenta en que no puede calificarse, sin más, como indirecta la eficacia de los derechos fundamentales sobre el Derecho privado (puesto que el Derecho privado no es identificable como una regulación autónomo-privada)⁸⁹. Esto es, hay ciertos derechos fundamentales que exigen una regulación de Derecho privado porque necesariamente inciden en este ámbito. Es el caso del derecho a la libertad de expresión (art. 20.4 CE) que se prevé constitucionalmente limitado por el respeto a la intimidad, el honor y la propia imagen, lo que condiciona al legislador a la hora de reglamentar estos derechos. La regulación debe compatibilizar todos los derechos en juego, valorando de forma equilibrada los intereses en conflicto de tal manera que la limitación del primero únicamente resulte en la medida que lo requiera la protección de los segundo (es decir, lo estrictamente necesario y proporcional al fin perseguido). Consecuentemente, en esta operación el legislador delimita derechos fundamentales entre particulares (resultando vinculado directamente por aquellos).

4.-Incidencia en el Derecho internacional privado

16. Partiendo de la eficacia entre particulares que deriva de la reglamentación de los derechos fundamentales referidos a la personalidad, esa condición de fundamentales va a incidir directamente en el sistema de DIPr. (no sólo de fuente interna sino también

constitucional. Cf. P. Recigno, *Trattato di Diritto Privato*, vol. I., Turín, 1982, p. 48.

⁸⁸ En lo que se refiere a las funciones del Tribunal Constitucional en este aspecto, el Tribunal Constitucional Federal alemán se ha pronunciado claramente al respecto en la sentencia *Lüth*, donde consigna que “el TC federal está obligado a controlar si el tribunal ordinario ha apreciado correctamente el alcance e impacto de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho civil. Pero de este carácter obligatorio del control deriva al mismo tiempo su límite: no compete al TC controlar las sentencias dictadas por el juez civil de manera exhaustiva, desde el punto de vista de los errores de derecho que sean susceptibles de control desde el punto de vista de su conformidad con los derechos fundamentales”. Sentencia referenciada en H. R. Horn, “El Constitucionalismo alemán en las postrimerías del Siglo XX”, pp. 216-272, en esp. p. 252 y ss. (<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/648/12.pdf>).

⁸⁹ Véase en este sentido, J. Alfaro Aguila-Real, “Autonomía privada...”, *loc. cit.* pp. 67 y ss.

es posible de carácter institucional) cuando se trate de supuestos de difamación internacional, o en general de cualquier lesión transfronteriza de los derechos vinculados a la personalidad. Esta repercusión puede manifestarse tanto en las normas relativas al sector del Derecho aplicable -en particular, en los posibles correctivos del Derecho material extranjero localizado por la norma de conflicto del foro-, como a aquellas referidas al sector de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras. En ambos casos, la justificación para ello se encuentra en la condición de fundamentales de los derechos a los que afecta (derechos de la personalidad y libertades de expresión e información) y su garantía constitucional, por lo que va a integrar -típicamente- el orden público internacional (valores y principios esenciales del ordenamiento jurídico del foro-.

En el sector de la competencia judicial internacional aunque generalmente no se prevea en el sistema de DIPr un recurso que permita excluir la competencia del tribunal designado por la norma, el carácter fundamental del derecho cuya tutela se solicita sí que indirectamente pudiera incidir en este sector normativo a través de la garantía del derecho de acceso a la justicia. En este sentido, la repercusión vendría en el propio diseño del sistema de fueros, toda vez que al tratarse de derechos fundamentales el acceso a la justicia debería estar garantizado en todo caso. Esto debería traducirse en el establecimiento de un sistema normativo de competencia judicial internacional lo suficientemente amplio para permitirle al foro conocer de todos los supuestos en los que un derecho fundamental como éste se encuentre en peligro. Se trata de consagrar normas atributivas de competencia que aseguren al foro el conocimiento del asunto cuando exista un nexo suficiente entre el ordenamiento del foro y el supuesto en cuestión.

Desde el punto de vista del Derecho aplicable⁹⁰, el carácter fundamental de este tipo de derechos puede suponer el recurso al orden público por parte del tribunal del foro para impedir la aplicación del ordenamiento jurídico extranjero⁹¹, cuando éste no dé el mismo tratamiento que se da en el foro al derecho en cuestión -o derechos en

⁹⁰ Puesto que la incidencia de este mínimo indisponible -que puede encajar dentro del concepto orden público- como causa de denegación del reconocimiento de la resolución extranjera -dentro y fuera del sistema RBI-.

⁹¹ Concretado por su sistema de DIPr.

conflicto, como típicamente ocurre en este tipo de litigios⁹²-. Y esto es así porque cada ordenamiento nacional tiene su particular aproximación de los derechos en juego en este tipo de supuestos, por un lado los derechos referidos a la personalidad y, por otro, las libertades fundamentales de expresión e información. En consecuencia, cada sistema nacional reconoce y tutela un mínimo indisponible –distinto- que incide en el contenido y alcance de los derechos –límites-⁹³. De lo anterior se deriva que es precisamente ese tratamiento particular de cada Estado el que va a marcar la relación de estos derechos con otros igualmente fundamentales –libertad de expresión e información- y, en consecuencia, la resolución de los conflictos que surjan entre sí dentro de su jurisdicción. En el caso de España es la LO1/82 la que establece ese contenido mínimo de la esfera de la personalidad que debe ser respetado y cuya conculcación va a suponer un ilícito susceptible de generar responsabilidad exigible por el titular frente a tercero/s, indicando los mecanismos de protección frente a aquellos atentados, así como las causas de exoneración de la responsabilidad –íntimamente relacionado con su conjugación con la libertad de expresión e información, entre otras causas-. En consecuencia, cualquier limitación distinta a las previstas por esta norma en el ejercicio de estos derechos -con independencia del Derecho material aplicable al litigio- previsiblemente no será admitida por el tribunal si el que conoce es la jurisdicción española⁹⁴.

Desde la perspectiva del reconocimiento de las eventuales decisiones extranjeras que se dicten en esta materia, también lo especial del objeto –un derecho fundamental- puede incidir en la decisión del tribunal requerido de otorgarle o no eficacia extraterritorial -y esto es así tanto en el régimen de reconocimiento institucional del RBI como en la generalidad de sistemas de fuente interna-. Aquí, de igual manera que ocurre en el sector de Derecho aplicable, el orden público del foro –del tribunal requerido-

⁹² Lo que supondría la aplicación de la *lex fori*.

⁹³ Las distintas aproximaciones a estos derechos relacionados con la personalidad por la que optan los sistemas nacionales van a determinar quiénes pueden pedir su tutela, cómo pueden pedirse aquella, frente a quién/quienes puede pedirse o qué comportamientos, y cómo se solucionan los posibles conflictos de estos derechos con otros derechos. Será la ley aplicable al fondo de asunto la que reglamente todas estas cuestiones, de ahí que sea tan relevante la concreción del Derecho aplicable, pero, al mismo tiempo, del foro competente, pues potencialmente siempre podrá acudir al orden público para impedir que se aplique el Derecho extranjero localizado cuando aquél reglamente estas cuestiones de manera incompatible con la *lex fori*.

⁹⁴ Lo que es extrapolable a cualquier otra jurisdicción.

tendrá mucho que decir. El orden público como motivo de denegación de reconocimiento es un recurso generalizado en todos los procesos de homologación de decisiones extranjeras -previo a la ejecución forzosa- para todas las materias en general⁹⁵ (civil y mercantil), y más aun para ésta en particular -si se toma como referencia la previsible modificación del RBI en cuanto a la eliminación del exequátur en el sistema uniformizado para todas las decisiones en materias civil y mercantil incluidas en su ámbito de aplicación dentro de la UE salvo para la difamación y demás derechos fundamentales de la personalidad-. En consecuencia con todo lo anterior, en términos generales un tribunal no reconocerá eficacia alguna dentro de su jurisdicción a una resolución extranjera -dentro o fuera de la UE- que atente contra los estándares mínimos esenciales que su sistema nacional otorga a unos derechos fundamentales como son los relacionados con la personalidad -y paralelamente, a las libertades fundamentales de expresión e información-.

II.- Regulación internacional de la esfera privada

1. Reglamentación internacional uniforme

A) Los derechos de la esfera privada en los Convenios y Declaraciones internacionales

17. El derecho al respeto a la vida privada o intimidad, el derecho al honor y a la propia imagen (este último como parte integrante de la intimidad) tienen su reconocimiento y garantía no sólo desde la perspectiva nacional sino que a nivel internacional son considerados como derechos humanos fundamentales por distintos instrumentos internacionales -algunos de vocación universal-. Entre los principales textos internacionales donde se preconizan aquellos derechos pueden referirse: la Declaración Universal de Derechos del Hombre (DUDH), de 10 de diciembre de 1948 (art. 12)⁹⁶; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 17 y art.

⁹⁵ Tanto en el régimen de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras establecido en los sistemas de fuente interna (en el caso de España en virtud del art. 954.4º LEC 1881), como en el sistema institucional comunitario (art. 34.1 RBI).

⁹⁶ *Vid.* R. Cassin: “La declaration universelle et la mise en oeuvre des Droits de l’homme”, *Res. de C.*, vol. 79, 1951-II, pp. 241-365.

19 relativo a la libertad de expresión y sus límites); la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (art. 11 y art. 13, sobre la libertad de expresión y pensamiento y sus restricciones por el respeto a la vida privada) y en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (art. 16). En particular, en el contexto europeo existen distintas instancias internacionales garantes de los derechos fundamentales – para su respeto y protección-. En este ámbito puede hablarse de las actuaciones desarrolladas en el seno del Consejo de Europa, de la Unión Europea y la OSCE, destacando principalmente el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 4 de noviembre de 1950, adoptado en el seno del Consejo de Europa (art. 8). Pese a los numerosos instrumentos internacionales donde se recogen estos derechos en los distintos contextos geográficos, en los siguientes apartados el estudio de esta proyección internacional se centrará exclusivamente en los instrumentos que inciden en la generalidad de los Estados europeos -si bien no de forma exclusiva- tanto a nivel internacional como regional.

B) El CEDH y la jurisprudencia del TEDH

18. Con el CEDH se instauró un sistema de garantía colectiva en el ámbito de los derechos fundamentales del hombre para Europa Occidental. La versión definitiva del CEDH recoge, entre los derechos y libertades del hombre, el derecho al respeto a la vida privada y familiar en su art. 8. Este derecho se clasifica dentro de aquellos que corresponden al individuo en sus relaciones con los grupos sociales de los que forma parte, y es también considerado como uno de los derechos plenos o autónomos. En relación con este derecho los Estados están obligados a no interferir en la vida privada de sus ciudadanos y, al mismo tiempo, a prevenir y sancionar su violación por otros particulares (eficacia vertical). En cumplimiento de estas obligaciones es necesario que los países dicten normas que garanticen el respeto de este derecho entre los particulares, y que prevean una vía jurisdiccional efectiva a la que acudir ante el incumplimiento de aquellas. La inobservancia de estas obligaciones por los Estados puede dar lugar a la incoación del correspondiente procedimiento ante el TEDH, bien por otro Estado miembro, bien por un sujeto particular -en su caso, el titular del derecho a la vida privada que resulta conculcado-. En cuanto a su posible derogabilidad, este derecho no pertenece a aquellos que son inderogables en virtud el artículo 15 CEDH. Consecuentemente, los Estados miembros podrán adoptar medidas que deroguen el art.

8 cuando concurran las circunstancias referidas en el art. 15 y bajo las condiciones en él señaladas.

19. La determinación de la eficacia del derecho tutelado por el art. 8 CEDH y su alcance resulta problemática por cuestiones de carácter interpretativo⁹⁷. La redacción del art. 8 del CEDH no es clara y eso permite distintas interpretaciones (contradictorias entre sí) respecto del carácter o no absoluto de este derecho. En una primera aproximación, del texto podría afirmarse el carácter absoluto de este derecho al consagrarlo de forma general (de tal manera que obliga tanto a los particulares como al poder público), entendiendo que las limitaciones que pueden establecer los Estados - previstas en su apartado 2º- únicamente vendrán referidas a las relaciones entre los particulares. Sin embargo, una segunda aproximación posibilitaría una interpretación totalmente contraria: la consagración de un derecho relativo que sólo produce efectos entre los particulares. Para ello se partiría del hecho de que la previsión de estas limitaciones conduce a suponer que la totalidad del precepto se refiere exclusivamente a las relaciones verticales. Por su parte, el artículo 13 CEDH no esclarece demasiado la interpretación que ha de darse. Este precepto permite interpretar que los Estados miembros no sólo asumen la obligación de respetar este derecho sino también de hacerlo respetar a sus ciudadanos (y demás personas que se encuentren bajo su jurisdicción y control). Pero por ejemplo la versión inglesa de este artículo elimina esta posibilidad al reconocer a las personas el derecho a un recurso ante instancia nacional cuando la vulneración del derecho se hubiera producido por quienes actúan en el ejercicio de sus funciones oficiales (sujeto público). En consecuencia, para esclarecer esta cuestión ha de acudirse a la jurisprudencia del TEDH, donde pueden encontrarse resoluciones en las que expresamente se pronuncia el Tribunal sobre la eficacia del art. 8 en las relaciones entre particulares⁹⁸.

⁹⁷ Vid. A. M. Connelly, "Problems of the interpretation of article 8 of the European Convention on Human Rights", *ICLQ*, 1986, 35, pp. 567-593.

⁹⁸ Puede destacarse, entre otras, la STEDH de 26 de marzo de 1985, *asunto X e Y c. Países Bajos*, donde el Tribunal reconoce expresamente que las obligaciones de los Estados contratantes no son meramente negativas (obligación de abstenerse de realizar tales injerencias), sino que ha de añadirse obligaciones de carácter positivo, que se traducen en la adopción de las medidas que sean necesarias para garantizar un respeto efectivo de tal derecho -incluso en las relaciones *inter privados*-.

20. La cuestión del contenido del derecho a la vida privada del art. 8 CEDH (y por tanto, el bien jurídico protegido) ha sido interpretado por algunos en paralelo al artículo 18 CE, hasta el punto de defenderse que el concepto de “vida privada” del Convenio debe ser considerado como equivalente –o incluso indistinguible– del de “intimidad personal” utilizado por la CE⁹⁹. Esto determina que la jurisprudencia del TEDH¹⁰⁰ interpretando estos aspectos establece criterios que deben aplicarse por los intérpretes y profesionales del Derecho en España (así como por el resto de los Estados miembros del CEDH), en virtud del art. 10.2 CE. Ahora bien, siguiendo la jurisprudencia del TEDH en estas cuestiones, parece que este Tribunal ha otorgado un mayor contenido a la intimidad personal de lo que ha hecho el TC (al menos, por el momento)¹⁰¹. Esto permite aproximar las legislaciones nacionales de los Estados miembros en cuanto al alcance de este derecho. En este sentido, la identificación entre la intimidad y el *right of privacy* –al menos en cuanto a su núcleo esencial se refiere–, se concreta básicamente en la posibilidad de establecer concretos espacios, zonas o ámbitos protegidos frente a cualquier injerencia externa. Más problemática plantea la expresión “derecho a la vida familiar” del art. 8 CEDH y su uso como criterio interpretativo del “derecho a la intimidad personal y familiar” (art. 18.1 CE). Aunque en términos generales no existe problema para reconocer que ambas obedecen a un mismo bien jurídico: la necesidad de garantizar la intimidad o vida privada.

21. Al igual que ocurre en los sistemas nacionales –por los tribunales estatales–, el derecho a la intimidad reconocido en el art. 8 CEDH debe ser desarrollado e

⁹⁹ Vide, entre otros, C. Ruíz de Miguel, *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1994, p. 73 y ss.

¹⁰⁰ En este sentido el TEDH actúa como un tribunal constitucional. Vid., A. Sainz Arnaiz, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la constitución española*, Madrid, 1999, p. 144.

¹⁰¹ A modo de ejemplo, puede referirse la sentencia dictada en el asunto *López Ostra c. España*, Sentencia de 9 de diciembre de 1994, donde el TEDH realizó una interpretación extensiva del artículo 8 CEDH para deducir del mismo la existencia de un derecho al medio ambiente adecuado. En este mismo sentido, véase, entre otros, L. Martín-Retortillo Baquer, “La defensa cruzada de derechos: la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *REDA*, num. 132, 2006, pp. 727-746; *id.*, “El ruido de los grandes aeropuertos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996, pp. 5389-5404.

interpretado por el TEDH según vaya evolucionado el contexto en el que se encuentra inserto el sujeto titular¹⁰². El desarrollo que del ámbito del art. 8 CEDH vaya a dársele por el TEDH va a condicionar la esfera de protección de la privacidad que deba garantizarse por los Estados contratantes. Uno de los elementos que influirá en esta labor del TEDH será el contenido efectivo que el Tribunal quiera darle a la cambiante noción de “integridad moral”, lo que incide en los demás elementos en juego: la extensión de las obligaciones positivas de los Estados parte, el derecho a un remedio efectivo para la víctima (bajo el art. 13) y, en cierta manera, el impacto de la adhesión al CEDH de los países ex comunistas. En particular, en aquellas áreas o campos donde prevalezcan estándares morales diferentes en los distintos Estados europeos, el TEDH deberá ser cauteloso a la hora de dotar de contenido este concepto y con ello al interpretar el art. 8 CEDH.

El ámbito de protección del art. 8 CEDH tal y como fue concebido originariamente no coincide con el actual, y esto condiciona la interpretación del precepto por el TEDH en su aplicación. Es necesaria una interpretación dinámica del precepto, que se justifica porque el bien jurídico que se protege no es inmóvil, estático, sino que sobre el mismo inciden las circunstancias históricas, sociales y morales de cada momento. Más aun teniendo en consideración que este derecho es uno de los más potencialmente vulnerables ante el uso generalizado de las nuevas tecnologías. Por ejemplo, desde sus orígenes el derecho a la intimidad ha ido sufriendo “mutaciones” en el sentido que se le ha ido añadiendo distintas facetas –en inicio impensables- a medida que ha ido evolucionando la sociedad y los valores en los que ésta se asienta. Y esto se ha ido reflejado en la jurisprudencia del TEDH en su interpretación del art. 8 CEDH y, consecuentemente, en el ámbito de protección reconocido al derecho a la vida privada. Esto ha supuesto que en la práctica el TEDH haya manifestado distintas aproximaciones ante los casos justiciables bajo el art. 8 CEDH. Lo determinante es concretar qué intereses son los que resultan o pueden resultar protegidos con este artículo¹⁰³, dado el

¹⁰² El TEDH es el máximo órgano de control y protección de los derechos reconocidos en el CEDH, y entre ellos el derecho a la vida privada y familiar. En cumplimiento de esta función el TEDH debe interpretar de forma dinámica el CEDH. Por ello, la interpretación de los conceptos de vida privada y familiar referidos por el CEDH debe adaptarse a las circunstancias y condiciones de la vida actual en el momento concreto (marcado por los cambios sociales y los avances tecnológicos).

¹⁰³ Respecto de los posibles contenidos del derecho a la vida privada, con un análisis

problema que existe en cuanto a los valores que el derecho a la “privacidad” protege –o debe proteger-. Algunos consideran que el control sobre la información es el elemento esencial de la privacidad; otros en cambio otorgan gran importancia a la autonomía personal, la dignidad o la integridad moral. En cualquier caso, ha de establecerse claramente aquellos valores e intereses que con este derecho han de garantizarse sobre la base del artículo 8, pues este precepto es el que va a establecer ese estándar mínimo que todos los Estados partes deberán de tutelar y responder en sus ordenamientos internos si no quieren conculcar el CEDH¹⁰⁴.

22. La noción de “vida privada” utilizada por el TEDH, aun siendo amplia no es exhaustiva¹⁰⁵, y abarca tanto la integridad física como moral de la persona. En este sentido, se interpreta que el precepto protege tanto el derecho al desarrollo personal como el derecho a establecer y mantener relaciones con otras personas y la sociedad. Si bien, los posibles contenidos del derecho a la vida privada varían entre lo interpretado por la jurisprudencia TEDH y los sistemas nacionales. Por ejemplo, el TEDH no es partidario de incluir dentro del art. 8 CEDH el derecho a la imagen¹⁰⁶ que sí se recoge como parte integrante del derecho a la intimidad por numerosos ordenamientos nacionales –o como en caso del Derecho español, como derecho autónomo de la esfera privada-. No obstante, en una reciente Sentencia el TEDH, asunto *Reklos*¹⁰⁷, ha ampliado el alcance del derecho a la intimidad –a través del derecho a la imagen, al sentenciar que un fotógrafo violó la intimidad de alguien solamente al tomar una

pormenorizado de las sentencias del TEDH, véase L. Rebollo Delgado, *El derecho fundamental...*, ob. cit., pp. 366-377, en esp. pp. 374-377. En este sentido el autor incide en la falta de adecuación a las necesidades actuales de la actividad interpretativa del TEDH de la noción “vida privada”. Por ejemplo, al no considerar como vida familiar la convivencia entre dos personas del mismo sexo (STEDH de 22 de abril de 1997, asunto *X, Y y Z c. R. Unido*).

¹⁰⁴ Vid V. Zeno-Zencovich, “Diritto al rispetto alla vita privata e familiare”, en *Commentario alla Convenzione Europe per la tutela dei diritti dell 'Uomo e delle libertà fondamentali*, S. Bartole y vv.aa., Padova, 2001, pp. 307-317.

¹⁰⁵ El propio TEDH ha afirmado de manera expresa que “no considera posible ni necesario intentar definir de manera exhaustiva la noción de vida privada, pero que sería excesivamente restrictivo tratar de limitarla a un círculo íntimo en que cada uno puede desarrollar su vida personal (...) y que debe incluir la posibilidad de mantener relaciones con sus semejantes”. Vid., asunto *X and Y v. Países Bajos*, loc. cit., § 22.

¹⁰⁶ Vide, STEDH asunto *Sutte v. Switzerland*, 22 febrero 1984, A-74.

¹⁰⁷ STEDH asunto *Reklos and Davourlis v. Grecia*, de 15 de enero de 2009.

fotografía, aun cuando aquella fotografía nunca fue publicada-. Se ha dado un paso más en el ámbito de protección de este tipo de derechos personales, dejando atrás anteriores sentencias en las que el elemento determinante para que existiera ilícito o vulneración de la intimidad era la publicación y difusión de la imagen (vulneración de la intimidad a través de la imagen). El TEDH ha manifestado que el solo hecho de tomar la fotografía sin consentimiento del perjudicado supone una vulneración del derecho a la vida privada del art. 8 CEDH (§ 34). Esta interpretación extensiva del derecho a la intimidad, y con ello del ámbito de protección profesado en el marco del art. 8 CEDH, debe valorarse positivamente por sus posibles efectos en la práctica.

Desde el punto de vista material cabría afirmar que, en líneas generales, existe una similitud de tratamiento del contenido tradicional del derecho a la intimidad en el TEDH y en el TC¹⁰⁸. Así, el concepto “vida privada” concebido por el TEDH incluye las actividades profesionales –o comerciales-, al considerar que es en el trabajo donde las personas realizan la mayoría de sus relaciones con el mundo exterior, por lo que el domicilio puede comprender aspectos tales como, por ejemplo, un despacho profesional. De igual manera, las comunicaciones o correspondencia profesional se encuentra también amparada por el artículo 8 CEDH (e incluso, en determinadas circunstancias, pueden estar incluidas dentro de la vida privada las llamadas efectuadas desde el lugar de trabajo). En definitiva, para el TEDH el derecho a la intimidad de la vida privada debe entenderse como el derecho a no ser importunado, pero no a “vivir perfectamente de incógnito”. Así, toda persona puede pretender no ser importunado mientras su vida privada no se enlace con la vida privada de los demás (en caso contrario podría estarse ante supuestos de calumnia o difamación).

23. En lo que respecta a la tutela del derecho al honor en este instrumento internacional, ha de indicarse que el art. 8 CEDH no recoge este derecho. De esta forma el CEDH no solo se separa de las normativas nacionales sino también de los otros textos internacionales más relevantes en materia de derechos fundamentales (como es el caso del art. 12 DUDH y art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Aunque, como ya se estableció anteriormente, la noción “vida privada” que utiliza el TEDH es más amplia que el derecho a la intimidad propiamente dicho según el tratamiento del TC.

¹⁰⁹ Aunque en la propuesta del Convenio el art. 8 contenía un párrafo muy parecido al recogido en el art. 12 DUDH –“ataques al honor y a la reputación”-, pero finalmente fue suprimido.

Esto no significa que no se reconozca el derecho al honor en el ámbito del CEDH, sino que éste se deduce del art. 10 (libertad de expresión) en vez del art. 8¹¹⁰, como parecería lo lógico¹¹¹. El honor se recoge como un mero límite a un derecho sí reconocido: la libertad de expresión (art. 10.2 CEDH, bajo la expresión “reputación ajena”). Y es desde esta perspectiva, como límite a la libertad de expresión, como el TEDH ha ido elaborando su doctrina jurisprudencial sobre el derecho al honor. Consecuentemente, no se encuentra jurisprudencia del TEDH que dé una definición “legal” del concepto de honor. La causa principal de esta omisión podría encontrarse en que este concepto puede variar dependiendo del lugar y la época de la que se hable. Pese a esto, y considerando lo ya advertido inicialmente – que ni el CEDH ni el TEDH hablan propiamente de honor sino de “reputación ajena”-, parece que la referencia (implícita) a este derecho se hace a su dimensión objetiva. De esta forma, en la jurisprudencia dictada sobre reputación profesional y comercial, lo que se deduce es la primacía de este aspecto objetivo, ya que lo que importa realmente es la opinión que tenga el público de la empresa o del profesional en cuestión. De manera similar, respecto de aquellas personas que desempeñan un papel público –funciones o cargos públicos-, el TEDH ha señalado que requieren para el desempeño de sus funciones la confianza del público (o al menos, es un elemento muy importante). Con todo ello, se fundamenta la afirmación de que el honor va más allá del ámbito puramente personal, extendiéndose a otros ámbitos según interpreta en su doctrina el TEDH. La terminología “reputación pública” se utiliza para hacer referencia a la atacada reputación cuando los sujetos titulares de la misma son personajes públicos, esto es, en el ejercicio de sus funciones públicas (principalmente, representantes políticos y cargos públicos, como jueces o funcionarios). Siguiendo esta línea, también se distingue los términos reputación comercial y prestigio profesional por

Dicha eliminación podría fundamentarse en la dificultad que existe a la hora de definir las nociones honor y reputación, por ser demasiado confusos. Véase en este sentido, C. Ruíz de Miguel, *El derecho a la protección...*, ob. cit., p. 54 y A. H. Catalá i Bas, “El derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista del Poder Judicial*, 62, 2001, pp. 13-42.

¹¹⁰ Como así se manifiesta por el TEDH en las Sentencias, asunto *Barfod c. Dinamarca*, de 22 de febrero de 1989 (A-149), y asunto *Oberschlick c. Austria*, de 23 de mayo de 1991 (A-204).

¹¹¹ En este sentido puede encontrarse votos disidentes en el propio TEDH, por ejemplo, la opinión disidente del Juez Thor Villjalmsson puesta de manifiesto en los asuntos *Oberschlick* (loc. cit.), y *Dvhesbe*, A-242-B, reclamando la conveniencia de integrar el honor y la reputación más en el art. 8 que en el art. 10.2 CEDH. En los mismo términos, L. Rebollo Delgado, *El derecho fundamental...*, ob. cit., p. 376.

el TEDH.

24. Del análisis jurisprudencial del TEDH puede observarse que desde el punto de vista de las obligaciones de los Estados contratantes se ha elaborado una noción amplia del derecho al respeto de la vida privada. Esta doctrina se traduce en dos manifestaciones claras del derecho: una positiva y otra negativa. El aspecto negativo hace referencia a la obligación de los Estados de no interferir -no injerencia- en el ejercicio del derecho al respeto a la vida privada, incluyéndose aquí en este derecho la protección del secreto de la vida privada contra investigaciones y/o divulgaciones por parte de la autoridad pública (esto es, protección del secreto de la vida privada y datos personales; protección del secreto de correspondencia y en general de las comunicaciones), pero también la protección de la libertad de la vida privada (como es: el derecho a establecer y desarrollar libremente relaciones con otras personas, libertad familiar, sexual, de domicilio o la libertad de comunicaciones). Por su parte, el aspecto positivo se concreta en la imposición de obligaciones de carácter positivo para los Estados, lo que conlleva la adopción de las medidas necesarias para garantizar este derecho, no limitándose a la mera omisión.

Las obligaciones concretas en las que se materializa el respeto del artículo 8.1 CEDH y el establecimiento de remedios efectivos ante vulneraciones de este derecho (que les corresponde a los Estados miembros), es una de las cuestiones que va a tener que ir perfilando el TEDH mediante su jurisprudencia en la medida en que se vaya reinterpretando el contenido de este precepto. En este sentido, lo más relevante es la conjugación de los límites previstos en el art. 8.2 –“de acuerdo con la ley” y “necesario en una sociedad democrática”- y la eficacia de los remedios que establece el art. 13 CEDH –derecho a un recurso efectivo-, pues en función de cómo se haga el alcance efectivo del derecho a la vida privada puede variar. Además, el potencial desarrollo de este artículo –de su alcance- no es infinito, sino que existen factores que limitan su futura expansión. En primer lugar, la idea de “vida privada” no puede subsumirse y anular la autonomía de otros derechos fundamentales con los que coexiste y está íntimamente ligado. Así, el interés o los valores de la vida privada, familiar, del domicilio y de la correspondencia están en conexión -pero no son lo mismo- con la autonomía, la integridad moral o la dignidad (art. 3 CEDH). Lo que determina la aplicación de uno u otro artículo -el art. 3 o el art. 8 CEDH- son las diferencias entre los

intereses protegidos y los distintos niveles de protección establecidos en el CEDH. El segundo factor limitativo viene marcado por la relación entre el art. 8 CEDH y el artículo 10 CEDH. Esto es, la interpretación que se dé al artículo 8 no puede comprometer la libertad de información y/o expresión. La privacidad no es absoluta y el equilibrio en las relaciones entre ambos derechos no debe ni puede modificarse sin más. Esto condiciona la tarea del TEDH en la concreción del contenido y límites del art. 8 CEDH. El tercer y último elemento resulta de la apreciación doctrinal, particularmente en lo referente a las materias relativas a la “moralidad privada”. La jurisprudencia del TEDH no tenido en consideración las reclamaciones de los Estados en orden a institucionalizar las moralidades dominantes. En líneas generales, el comportamiento del Tribunal ha sido el de abstenerse en sus pronunciamientos en aquellas materias más problemáticas en este sentido. Esto puede entenderse como un reconocimiento – implícito- de un margen de apreciación demasiado amplio de los Estados a la hora de decidir lo que es necesario para mantener los estándares de moralidad nacionales -con el objeto de instaurar un estándar común pan-Europeo en el momento de formular los derechos humanos-. Incluso parece permitir a autoridades estatales usar el Derecho penal para meterse sobre derechos relacionados con la intimidad mientras las penas no sean consideradas por el Tribunal como excesivamente severas.

25. Tal y como se deriva de su doctrina, el TEDH a la hora de abordar la aplicación adecuada del artículo 8 CEDH ha desarrollado un método interpretativo que se articula en tres etapas de análisis bien diferenciadas. En primer lugar, trata de determinar si realmente se ha producido una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada y familiar, de su domicilio o de su correspondencia, para a continuación constatar si dicha intromisión se halla prevista por ley y si es legítima y necesaria de acuerdo con las excepciones del párrafo segundo. En esta primera fase el TEDH no prejuzga la licitud de la medida, se limita a verificar si se trata o no de un supuesto que interfiere o lesiona el bien jurídico protegido. Las sentencias del TEDH invariablemente adoptan la misma estructura cuando se está juzgado casos bajo los artículos del 8 al 11 del CEDH. Específicamente, respecto del artículo 8 el TEDH debe identificar los intereses del demandante para ver si estos recaen dentro de uno de los cuatro intereses designados en el art. 8.1. CEDH (vida privada y familiar, casa y correspondencia – comunicaciones-). Únicamente los derechos de los individuos deben respetarse para proteger estos intereses, pues no son los derechos intereses en sí mismos. De tal forma

que el deber de respetar abraza el deber de proteger a los individuos frente a las interferencias arbitrarias con los intereses recogidos en art. 8 CEDH.

La segunda y tercera parte del análisis se basa en contrastar el supuesto concreto con lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo. En primer lugar, se trata de valorar si la medida adoptada por el Estado demandado se encuentra amparada por el derecho. Además, la ley nacional ha de ser previsible y accesible para los ciudadanos. Es decir, un ciudadano medio debería poder conocer la existencia de la norma de algún modo o de localizarla en caso de necesitarla y, consecuentemente, debería poder adecuar su conducta a sus previsiones. Tras realizar el test de legalidad el TEDH finaliza su análisis emitiendo un juicio de proporcionalidad atendiendo al principio de necesidad de la medida en una sociedad democrática¹¹². En conclusión, la tarea del TEDH bajo el art. 8.1º consistirá en decidir lo que ese “respeto” requiere y, bajo el art. 8.2º, en decidir si la interferencia está justificada, y aunque ambas tareas son similares no son idénticas. Puede concluirse que en general el TEDH no acepta el concepto de restricciones inherentes o implícitas al derecho a la vida privada, no obstante, en casos específicos algunas restricciones sin embargo son siempre aceptadas por el Tribunal, si éstas tienen su base en una específica situación o estatus legal.

2. El derecho a la vida privada en el sistema comunitario

A) La Carta de Derechos Fundamentales de los ciudadanos europeos: Derechos fundamentales y principios generales del Derecho comunitario

26. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE¹¹³) proclama como uno de los derechos fundamentales del hombre –dentro de

¹¹² Véase en este sentido, STEDH dictada en el asunto *Malone vs. the United Kingdom*, de 26 de abril 1985; y entre la doctrina, C. Ruíz de Miguel, *ob. cit.*, pp. 73 y ss.

¹¹³ *Vid.* C. Picó Lorenzo, “La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Unión Europea Aranzadi*, nº 11, 2009, pp. 21-35, A. Rodríguez Vergara Díaz, *Integración y Derechos Fundamentales*, Madrid, 2001, F. Rubio Llorente, “la Carta Europea de los Derechos”, en la Revista *Claves de Razón práctica*, Madrid, mayo 2002, nº 122, pp. 4-11, P. Biglino Campos, “Derechos frente a la Unión, derechos frente a los Estados miembros: el art. 51 de la Carta”, en N. Fernández Sola (Coord.), *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid, 2004, pp. 235-256 y M. Carrillo López, “Los derechos fundamentales en la Constitución Europea”, *El reto constitucional de Europa*, J. Vidal-Beneyto (coordinador), Madrid, 2005, pp. 199-216.

las Libertades-, el derecho a la vida privada y familiar (art. 7), e incluye como parte integrante de este derecho el respeto al propio domicilio y a las comunicaciones. La CDFUE distingue entre derechos de titularidad universal (“toda persona”) y derechos de titularidad “restringida” o limitada, reservada a los ciudadanos de la Unión. La dicción literal del artículo 7 CDFUE permite afirmar que éste se consagra como un derecho de carácter universal, es decir, dirigido a todas las personas, tengan o no condición de ciudadano comunitario. La redacción del artículo 7 CDFUE recuerda a la contenida para este derecho en el CEDH, pudiendo hablar de una verdadera concordancia con el Convenio de Roma de 1950. Los derechos garantizados en este precepto corresponden a los reconocidos y garantizados por el artículo 8 del CEDH. Si bien, y dada la evolución técnica sufrida desde la redacción del CEDH, se ha procedido a sustituir la palabra “correspondencia” por “comunicaciones” -para que puedan englobarse todas las posibles manifestaciones con independencia del medio utilizado-. Es más, el apartado 3º del artículo 52 CDFUE determina que este derecho tiene el mismo alcance y sentido que su correlativo del CEDH. Consecuentemente, las limitaciones fijadas en el marco del reseñado art. 8 CEDH son únicamente las legítimas aplicables para este derecho. Con la Constitución Europea no se introducía modificación alguna, pues se mantenía el texto de la Carta, pero en la enumeración de la Constitución Europea el artículo 7 pasaba a ser el artículo II-67. El nuevo Tratado de Lisboa, que otorga a la CDFUE rango convencional, saca la Carta del texto que el Tratado constitucional había unificado y prevé la incorporación de la Unión al CEDH.

El TEDH ha tomado en consideración –y en cierta forma, ha recepcionado- la evolución jurisprudencial del TJUE en torno a este derecho a la vida privada (art. 7 CDFUE)¹¹⁴.

27. La cuestionable naturaleza jurídica de la CDFUE plantea consecuentemente la de los derechos en ella recogidos y, por lo tanto, su fuerza vinculante para los Estados miembros y su carácter de fundamentales. Si bien, el análisis de los rasgos distintivos inherentes a los derechos fundamentales permite deducir que la CDFUE contiene derechos de este carácter, aunque dentro de las limitaciones propias de la Carta que

¹¹⁴ En este sentido, pueden encontrarse invocaciones a esta doctrina en asuntos como *Niemetz vs. Alemania* (loc. cit.), en *Colas Est vs. Francia*, de 16 de abril de 2002, y en el asunto *Bosphorus vs. Irlanda*, de 30 de junio de 2005.

condicionan su efectividad respecto del alcance y ámbito de protección (pues protege aquellos derechos cuyo ejercicio tenga lugar en materias que sean competencia comunitaria, fuera de estas materias la protección viene determinada exclusivamente por la aplicación del Derecho nacional correspondiente¹¹⁵). En cualquier caso, los derechos fundamentales no son categorías constitucionales “autosuficientes”, entendidas como aquellas que con su mera enunciación constitucional se satisfacen todas las necesidades. Todo lo contrario, es necesario el desarrollo legislativo oportuno, respetando los límites señalados por la jurisdicción. La enumeración de derechos fundamentales en la CDFUE se establece como un estándar mínimo que debe de garantizarse frente a los actos de las instituciones europeas o estatales en la aplicación del Derecho Comunitario (sin perjuicio de que las legislaciones estatales puedan dar un mayor nivel de garantía).

Antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, los derechos fundamentales -entre ellos el derecho a la vida privada-, estaban reconocidos como “principios fundadores de la Unión”, que deben ser respetados por las instituciones comunitarias y, que además, forman parte de los principios generales del Derecho comunitario (garantizados por el TJUE). En este sentido, el Tratado de Lisboa ha “elevado” los derechos consagrados en el CEDH a la categoría de principios generales del Derecho de la Unión (art. 6.3 TUE). Lo más destacable al respecto es que hasta la adhesión de la UE al CEDH, el intérprete supremo del Convenio en el seno de la Unión no es el TEDH sino el TJUE. En el ámbito de los derechos fundamentales con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se consolidan y potencian los valores de la UE, y lo más destacado es que se garantizan las libertades y los principios enunciados en la CDFUE, que pasan a ser jurídicamente vinculantes.

28. El reconocimiento en la CDFUE del derecho a la vida privada y familiar se reduce a la simple enumeración de este derecho sin que se haya concretado aspectos básicos. Así, por ejemplo, nada se precisa sobre las excepciones a la inviolabilidad del domicilio. Esta falta de determinación en el contenido mínimo material puede resultar, en la práctica, como una vía de “escape” o margen bastante amplio para la operatividad de aquellas legislaciones estatales que sean restrictivas del principio de libertad del

¹¹⁵ O del CEDH, según los casos.

individuo. Con todo ello, la existencia de un catálogo de derechos fundamentales no es suficiente para garantizar la efectividad de la protección de los mismos para los particulares, si no se acompaña de medidas que aseguren la tutela jurisdiccional de tales derechos en el ámbito de la UE¹¹⁶.

29. En relación con otros derechos fundamentales con los que puede haber colisión, esto es, la libertad de información y expresión, se echa en falta la adecuación de la CDFUE a la Sociedad de la Información y a los avances tecnológicos en la difusión de la comunicación¹¹⁷, a la hora de reglamentar los derechos (y principios) que pueden verse afectados. Esta cuestión es relevante, en general, por contexto actual donde existe un uso cada vez más generalizado de las nuevas tecnologías y, en particular, por las características propias de estos derechos de la esfera privada. La CDFUE en su art. 11.1 garantiza el derecho a “la libertad de opinión y a la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”. En lo tocante a los medios de comunicación, el número 2 del precitado art. 11 se limita a decir que: “Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo”. Si bien, no se hace mención alguna a los contenidos de los medios de comunicación o limitaciones en ese sentido (especialmente actos difamación cometidos a través de los medios de comunicación) o a la protección de los menores frente a cierto tipo de contenidos (aunque existan Directivas que regulan algunas de estas cuestiones, como por ejemplo restricciones relativas al medio de difusión, como es el caso de la Directiva de “Televisión sin Fronteras”¹¹⁸, cuyas normas coinciden en lo sustancial con el Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza¹¹⁹).

¹¹⁶ Vid. A. Rodríguez Bereijo: “El valor jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea después del Tratado de Niza”, en E. García de Enterría (dir.) y R. Alonso García (subdir.): *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, 2002, pp. 212-213, y R. Alonso García, D. Sarmiento, *La Carta de los Derechos...*, ob. cit.

¹¹⁷ Internet, televisión digital o comunicaciones por satélite, a modo de ejemplo.

¹¹⁸ Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre de 1989, relativa a la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

¹¹⁹ Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza (número 132 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1989. BOE núm. 96/1998, de 22 de abril de 1998.

B) Construcción jurisprudencial del derecho a la vida privada del TJUE

30. La principal cuestión en este ámbito reside en concretar qué derechos van a ser considerados fundamentales por el TJUE y cuál va a ser su alcance y contenido y, consecuentemente, si existe o no armonización de los ordenamientos jurídicos de los Estados comunitarios¹²⁰. Lo primero que hay que tener en cuenta es que el Tribunal de Justicia cuando tiene que analizar una disposición de Derecho comunitario (para saber si es o no respetuosa con los derechos fundamentales) lo hace siempre desde la perspectiva del Derecho comunitario y no desde las constituciones nacionales. Esto es, el TJUE nunca tomará como referencia directamente una disposición concreta de una determinada constitución nacional, sino que en caso de no existir norma comunitaria positiva acudirá a los principios generales del Derecho comunitario (en el sentido ya señalado anteriormente). De la misma manera, se desprende de la doctrina del TJUE que desde el momento en que una normativa nacional entre en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal –mediante las cuestiones prejudiciales- debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales (cuya observancia garantiza el TJUE, tal como están expresados en el CEDH).

Aunque hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa quedaba descartada la aplicabilidad directa de la CDFUE como Derecho primario, la CDFUE al entenderse como un acuerdo interinstitucional obliga a las instituciones comunitarias a respetarla y con ello a controlar que sus actos no lesionan los derechos fundamentales que predica. Pero en cualquier caso, como se estableció *supra*, el TJUE puede aplicar la CDFUE supuesto por supuesto, reconociendo a una o varias de sus disposiciones carácter vinculante como principios generales del Derecho. En definitiva, ante tal panorama, los demandantes podrían basar sus peticiones no exclusivamente en la Carta sino en la jurisprudencia sobre derechos fundamentales desarrollada por el Tribunal de Justicia. El

¹²⁰ Vid. D. S. Binder, “The European Court of Justice and the Protection of Fundamental Rights in the European Community: New Developments and Future Possibilities in Expanding Fundamental Rights Review to Member State Action”, *Jean Monnet Working Paper* No 4/95, <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/95/9504ind.html>.

denominador común en la doctrina jurisprudencial del TJUE es el reconocimiento expreso de que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho de la UE –cuyo respeto le corresponde garantizar-. Y los principios elaborados por dicha jurisprudencia han sido reafirmados por la exposición de motivos del Acta Única Europea y posteriormente lo hizo el artículo F, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea.

31. Al margen de la CDFUE, el Tribunal de Justicia ha reconocido en diversas ocasiones el derecho fundamental a la vida privada y familiar delimitando su contenido y alcance¹²¹. No obstante, del análisis de la jurisprudencia del TJUE se concluye que, por el momento y dentro del ámbito de la vida privada, no se ha elaborado una doctrina jurisprudencial propia, distinta de las recurrentes remisiones a la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 8 CEDH, para la configuración del concepto o noción de vida privada o intimidad -y con ello, el diseño del marco y su alcance de protección-¹²². Esto se traduce en la ausencia de reglas generales propiamente comunitarias, que contribuyan a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros a la hora de reglamentar esta materia (constituyéndose como un marco mínimo infranqueable) para que no se vulnere el derecho al respeto de la vida privada. De tal forma que el derecho al respeto de la vida privada (como el resto de derechos fundamentales que integran los principios generales del Derecho), o son objeto de una reglamentación armonizadora específica o continuarán las disparidades nacionales en lo que se refiere a su protección y límites¹²³. En cualquier caso, la noción de vida privada que pueda llegar a formular la jurisprudencia comunitaria será un concepto autónomo de Derecho comunitario. Y no puede olvidarse que la armonización del nivel de protección que pueda hacerse de los derechos y libertades en el seno comunitario siempre tendrá un carácter instrumental (condicionado por el Mercado Común).

En particular, el TJUE sí ha abordado la cuestión de los posibles sujetos titulares del derecho a la vida privada, en especial, de las personas jurídicas. En la sentencia

¹²¹ Vid., STJUE de 24 nov 2011, asunto *Scarlet/ Sabam* (C-70/10).

¹²² Vid. S. Douglas-Scott, “A Tale of Two Courts: Luxemburg, Strasbourg and the growing European Human Right Acquis”, *Common Market Law Review*, nº 43, 2006.

¹²³ Siempre dentro de los límites marcados por el TEDH en interpretación del CEDH para los Estados miembros.

Hoechst/Comisión (loc. cit, §19) el Tribunal de Justicia reconoció la exigencia de una protección contra las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de la actividad privada de cualquier persona, sea física o jurídica¹²⁴, que sean arbitrarias o desproporcionadas, reconociéndolo como un principio general del Derecho comunitario. A la hora de determinar el alcance jurídico de este principio, por lo que respecta a la protección de los locales comerciales de las sociedades –y demás personas jurídicas-, hay que tener en cuenta la jurisprudencia del TEDH posterior a esta sentencia. De esta jurisprudencia se desprenden varias cuestiones claves. Por un lado, que la protección del domicilio a que se refiere el artículo 8 del CEDH puede ampliarse -en determinadas circunstancias-, a los referidos locales y, por otro, que el derecho de injerencia autorizado por el artículo 8. 2º del CEDH, puede entenderse de forma más laxa y amplia que si se tratara de una persona física.

III. Bienes jurídicos protegidos: contenido y alcance de los derechos

32. Tal y como se desprende de la reglamentación internacional -y de la nacional comparada- el bien jurídico protegido con este tipo de derechos que se vinculan a la personalidad es la esfera íntimamente privada de la persona. No obstante, lo que se considera como tal, en qué derechos en particular se materializa esa tutela (y su denominación particular) y el alcance y contenido de los mismos difiere de un sistema jurídico nacional a otro¹²⁵. Las técnicas legislativas por las que cada ordenamiento

¹²⁴ El TJUE no ha reconocido de forma abierta y clara la titularizada de cualquier manifestación de la vida privada –en los sentidos anteriormente indicados- a las personas jurídicas, fundamentándose en este sentido en la ausencia de tal reconocimiento en el ordenamiento jurídico de la UE (ya que la exigencia de tal protección debe ser reconocida como un principio general del Derecho comunitario). Pero sí establece como necesaria respecto de la persona jurídica una protección frente a intervenciones arbitrarias o desproporcionadas.

¹²⁵ Si bien existe cierta unanimidad entre los sistemas nacionales en lo que respecta a la tutela de un determinado núcleo de bienes de la personalidad que son considerados como esenciales (como son la vida, la salud, la integridad física e psíquica), otorgándoles al respecto indemnizaciones compensatorias por los daños derivados de su lesión; no puede decirse lo mismo en cuanto al reconocimiento de un derecho general a la personalidad, de la tutela de estos derechos inmateriales o en cuanto a su ámbito de protección, pues aquí pueden observarse aproximaciones muy diversas. *Vid.*, U. Magnus, “Tort Law in General”, *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, JUK-Northampton, 2006, pp. 719-729, en esp. p. 724); así como respecto del propio catálogo de bienes de la personalidad protegidos, al respecto *vid.* E. Dias Oliveira, *Da responsabilidade Civil Extracontractual por violação de Direitos de Personalidade em*

jurídico opta para tal fin va condicionar todos estos aspectos -sin que con ello se conculque las obligaciones que a nivel internacional cada Estado asume con la adhesión a alguno de los Convenios internacionales sobre derechos del hombre para su garantía-. A esto ha de añadirse que el propio comportamiento del sujeto titular incide de manera en la concreción de esa esfera íntima intocable -tal y como se deriva de la generalidad de ordenamientos nacionales-. En este sentido, no resulta simple delimitar el alcance de la esfera pública de una persona¹²⁶, ya que su límite estará establecido en buena medida por la actuación de cada individuo. Por ejemplo, en el sistema español, la Ley Orgánica 1/82, en su artículo 2.1 establece, al referirse al objeto de protección, que se atenderá "al ámbito que por sus propios actos mantenga cada persona reservado para sí mismo o su familia". La extensión de la esfera privada puede depender de varias circunstancias: la "categoría" social de la persona, su modo de ser, su notoriedad y el consentimiento del titular. La dificultad de delimitación de esta esfera se manifiesta igualmente a la hora de categorizar el tipo de derechos que tutelan estos bienes jurídicos de la personalidad -este espacio reservado- en los distintos Derechos nacionales, lo que va a condicionar en particular los mecanismos jurídicos de protección. De esta forma, puede hablarse de la dicotomía existente entre el reconocimiento de un derecho general de la personalidad -como ocurre en el ordenamiento alemán¹²⁷- y un derecho subjetivo al respeto de la vida privada -como es el caso del Derecho francés, art. 9 del C. c. francés, o el español-.

En los siguiente párrafos van a analizarse la principales aproximaciones de la cuestión desde una perspectiva comparada, ya que ello va a incidir directamente en la concreción de los derechos particulares referidos a la personalidad, en su alcance y contenido, mecanismos de tutela, presupuestos para ello, en su relación con otros posibles derechos fundamentales -libertad de expresión e información - ya sea como límite de estos o aquellos de estos-. Así mismo, resulta relevante abordar en este apartado la incidencia del contexto virtual en la delimitación del bien jurídico protegido, ya que la concepción de la privacidad en la red está bastante alejada de la tradicional

Direito Internacional Privado, Coimbra, 2011, p. 138-139 y S. M. Feldman, "Unenumerated Rights in Different Democratic Regimes", *U. Pa. J. Const. L.*, vol. 9, 2006, pp. 47-106.

¹²⁶ Y consecuentemente ese espacio íntimo y personal infranqueable que el derecho fundamental tutela.

¹²⁷ *Vide*, K. Larenz, "El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana", *RDP*, 1963, pp. 639-641.

marcada por la reglamentación nacional -dado que se trata de un medio global netamente carente de fronteras geográficas-.

1.-) El *right of privacy* y la *defamation*

33. La expresión *right of privacy* es utilizada en el Derecho anglosajón para designar un derecho que tiene por objeto la tutela o protección de un espacio reservado a la persona frente a ataques no legitimados -por la concurrencia de un interés superior- o, en su caso, no consentidos¹²⁸. No obstante, existen importantes diferencias en el tratamiento de este derecho en los distintos sistemas anglosajones, fundamentalmente en lo que se refiere a su relación con otros derechos y libertades con los que típicamente chocan frontalmente los derechos de la personalidad: la libertad de expresión e información -en especial si se compara con el sistema norteamericano, por lo que se comenzará por este último para luego abordar la cuestión desde la perspectiva del sistema inglés¹²⁹-. El derecho a la privacidad no es un derecho escrito en el sistema estadounidense (*unwritten constitutional right*), sino que es el fruto de la interpretación de algunas enmiendas de la Constitución americana realizada por los tribunales, fundamentalmente de la Corte Suprema Federal. La consagración constitucional del *right of privacy* no fue realizada hasta 1965 por la Corte Suprema de los EEUU en el asunto *Griswold v. Connecticut*¹³⁰, aunque con anterioridad fue reconocida su existencia por casi todas las jurisdicciones¹³¹ y leyes de los Estados de la Unión¹³². Es precisamente la jurisprudencia la que contribuye al establecimiento del ámbito de aplicación de tal

¹²⁸ Vid. F. Bignami, "The Case for Tolerant Constitutional Patriotism: The Right to Privacy Before the European Courts", *Cornell Int'l L.J.*, Vol. 41, No. 2, 2008, pp. 211-250.

¹²⁹ Acerca de las grandes diferencias entre EEUU y de Reino Unido, *vide*, L. Brittan, "The right of privacy in England and the US", *Tul L Rev*, febrero 1963, vol. XXXVII, nº 37, pp. 235-268; R. Wacks, *The protection of Privacy*, Londres, 1980.

¹³⁰ 381 U. S. 484, 486 (1965), citado por F. Rigaux, "L'élaboración d'un "right of privacy" par la jurisprudence américaine", *RIDC*, 1980, vol. XXXIII, pp. 701-730, en esp. p. 716.

¹³¹ Los primeros tribunales en consagrar este derecho fueron los *lower courts*. Para un análisis de las primeras resoluciones judiciales de estos tribunales. En este sentido, *vide*, W. L. Prosser, W. Page Keeton, *The Law of Torts*, 5ª ed., Saint Paul (Minnesota), 1984, Cap. 20, Secc. 117 "Right of privacy", pp. 849-869, en esp. p. 850, en nota a pie 10.

¹³² Es consagrado en la sec. 867 del *Restatement (First) of Torts* (Vol. IV), elaborado por la *American Law Institute (ALI)* en 1939.

derecho y los intereses que resultan protegidos¹³³.

En el Derecho de EEUU¹³⁴ se atribuye entidad propia al derecho a la intimidad, argumentando la necesidad de proteger a la persona frente a cualquier intromisión injustificada del poder público en su ámbito personal -originariamente como reacción frente a las intromisiones de la prensa en la vida privada-. No obstante, el papel que el individuo fue asumiendo en la sociedad liberal supuso nuevos retos que el ordenamiento jurídico debía de asumir, sobre todo en lo referente a la garantía de los derechos de la personalidad y la introducción de nuevas figuras. En consecuencia con lo anterior, como parte integrante de la esfera de la intimidad se encuentra la reputación y en conexión con su menoscabo los supuestos de difamación. Ahora bien, la autonomía proclamada al derecho a la intimidad exigía la adopción de criterios nuevos que permitieran diferenciar la *privacy* del derecho a la reputación¹³⁵ -hablando en este caso de la *defamation*-. Esta distinción entre el derecho a la privacidad y el derecho a la reputación – con bienes jurídicos distintos-, supone un tratamiento jurídico diferenciado. Esto conlleva un contenido y un alcance distinto y, en consecuencia, una tutela distinta; lo que se manifiesta mediante la sanción de textos normativos distintos para cada figura. Este tratamiento normativo diferenciado en función del bien jurídico protegido no es exclusivo del sistema de EEUU¹³⁶ sino que está presente en la generalidad de sistemas

¹³³ Por ejemplo, respecto del ámbito de aplicación del derecho a la vida privada en el terreno de los intereses familiares *vid.*, asuntos *Griswold v. Connecticut*, ya citado, § 479; *Eisenstadt v. Baird*, en 405 U.S. 438 (1972); *Roe v. Wade*, en 410 U.S. 113, 93 S. Ct. 705; 35 L. Ed. 2d 147 (1973); sentencias por las que se ha establecido que dentro de este derecho se encuentran tutelados las cuestiones matrimoniales, de procreación, interrupción del embarazo, educación y cura de los menores, en ausencia de intereses públicos que autoricen una compresión de los mismos. Además, en esta materia existe una heterogeneidad de soluciones entre la jurisprudencia federal y los tribunales estatales y entre los órdenes estatales, que resulta entre sí incompatibles. Para un mayor abundamiento de la privacidad familiar en la jurisprudencia estadounidense *vide*, F. Caggia, “Il rispetto della vita familiare”, en *Associazione italiana di diritto comparato; I diritti fondamentali in Europa*; Associazione italiana di diritto comparato, XV Colloque biennale, Messina-Taormina, 31 mayo al 2 de junio 2001; Milán, 2002, pp. 39-62 (en particular, pp. 53-57).

¹³⁴ Tal y como se interpretó por la doctrina norteamericana la IV Enmienda a la Constitución

¹³⁵ Esta tarea fue cumplida mediante jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano.

¹³⁶ Por ejemplo, en el caso inglés es la actual *Defamation Act* de 1996 la que reglamenta exclusivamente la cuestión de la difamación, o la *Defamation Act* 2009 (en vigor desde el 1 de enero de 2010) en Irlanda. Para un análisis comparativo de estos dos sistemas en materia de difamación, *vid.* P.

anglosajones.

La difamación se entiende como un agravio que generalmente surge cuando una comunicación daña la reputación de otro con el objeto de disminuir/rebajar su valoración por la comunidad o disuadir a terceras personas de asociarse o tratar con ella¹³⁷. En el Derecho de EEUU–y en la generalidad de los sistemas anglosajones– la difamación abarca tanto supuestos de daños por libelo como por difamación en sentido estricto (*libel and slander*)¹³⁸. El libelo consiste en la publicación de material difamatorio mediante palabras escritas o impresas, por su materialización en la forma física o por cualquier otra forma de comunicación (cuyo contenido revista apariencia de potencialmente dañina). La difamación –en sentido estricto o *slander*–, por su parte, supone la publicación del material difamatorio por palabras habladas, gestos transitorios o por cualquier forma de comunicación distinta de las indicadas anteriormente. La *defamation*¹³⁹ es la figura a través de la cuál se realiza la protección del honor

Milmo, W.V.H. Rogers y R. Parkes (eds.), *Gatley on Libel and Slander*, 11ª ed., Londres, 2008, en especial Primer Suplemento de la obra (actualizado en septiembre de 2010).

¹³⁷ Aunque en el sistema legal español la difamación como tal no existe como acción o figura jurídica diferenciada, sino que se asimila a los atentados contra el honor que siguen la misma tramitación y tratamiento legal que el resto de los derechos de la personalidad tutelados en el art. 18.1 CE, en particular de conformidad con el art. 7.7 LO1/82. No obstante, la doctrina española ha definido la difamación, exclusivamente en relación con las libertades del 20.1.d CE (libertad de información y expresión), como “la publicación de afirmaciones de hechos referidos a una persona, que son falsas o que aun siendo verdaderas, conllevan una invasión de su privacidad. Cf. P. Salvador Coderch (vv. aa.) *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, 1987, p. 26.

¹³⁸ El *Restatement (Second) of Torts*, de 1977, en su § 559, define y marca la diferencia entre libelo y difamación, lo que permite diferenciar la utilización de los dos términos legalmente establecidos: *libel* y *slander*. En términos similares la *Defamation Act* inglesa de 1996, y la *Irish Defamation Act* de 2009 (part. 2, sec. 6). Sobre una delimitación de conceptos en el sistema inglés (incluyendo Irlanda) y las consecuencias legales de tal distinción –fundamentalmente la imposibilidad de ejercitar tutela penal frente a supuestos de *slander*– vid. W.V. Horton Rogers (ed.), *Winfield & Jolowicz Tort, ob. cit.*, cap. 12, párrafo 12.3.

¹³⁹ Que en sentido amplio recoge los supuestos de *libel*, *slander* y *malicious falsehood*. En este sentido la *Tort of defamation* protege los intereses a la reputación (*interests in reputation*), y se define como “la publicación a tercera persona de materia que contiene una imputación falsa contra la reputación de otro”. Vide. P. Milmo, W.V.H. Rogers y R. Parkes (eds.), *Gatley on Libel and Slander*, 11ª ed. , Londres, 2008, párr. 3.1, p. 89.

(reputación¹⁴⁰) y su tutela en el Derecho inglés¹⁴¹ –siempre que exista publicidad, esto es, publicación de la información, lo que lo diferencia del tratamiento de las injurias que existen en la mayoría de los sistemas legales civiles y que protegen la dignidad¹⁴²–.

34. Para intentar definir el derecho a la privacidad en la práctica se ha generalizado el uso de la expresión: *the right to be let alone* (el derecho a ser dejado tranquilo, a no ser molestado)¹⁴³. Con este derecho a la “soledad” se impide la trasgresión por terceros de la voluntad por el titular de estar en soledad y continuar siendo ignorado. Pero esta expresión general no es la única manifestación que la *privacy* garantiza a su titular. Son varias las concepciones que pueden integrarse dentro del término “privacidad”¹⁴⁴ –además del derecho a ser dejado solo o a no ser molestado–: el

¹⁴⁰ El interés “reputación” puede incluir la reputación empresarial en el contexto de los negocios. La reputación puede entenderse como propiedad, como honor, como dignidad y finalmente como celebridad. Sobre los distintas concepciones de la reputación –intereses protegidos– en el sistema anglosajón puede verse, D. Rohlp, *Reputation, Celebrity and Defamation Law*, 2008, disponible el texto integro en la pág. web: <http://site.ebrary.com/lib/uon/docDetail.action>, pp. 87-171.

¹⁴¹ Al igual que el resto de países del sistema anglosajón.

¹⁴² También la publicación sirve para diferenciar la *defamation* de la *criminal libel*, ya que esta última puede existir y ser perseguida sin prueba de publicación a tercera persona. Si bien, el pasado año 2009 la *Coroners and Justice Act, 2009 (Chapter 25, 2009)*, en su Capítulo 3, sección 73 expresamente se lleva a cabo la abolición de la *common law libel offences*, entre otras acciones: “*The following offences under the common law of England and Wales and the common law of Northern Ireland are abolished: (a) the offences of sedition and seditious libel; (b) the offence of defamatory libel; (c) the offence of obscene libel.*” No se exige ningún otro requerimiento adicional a parte de la publicidad/ publicación, como por ejemplo que el tercero entienda realmente el impacto de la afirmación difamatoria en la víctima. Vide, asunto *Hough v. London Express Newspaper Ltd* (1940), 2 KB, § 507-514 (por JL Slessor) y § 515 (por LJ Goddard); más recientemente, asunto *Van Riet v. ACP Publishing Pty Ltd* (2004) 1 Qd R, § 194- 201 (P. Mc Murdo y JA Jerrad). Consecuentemente puede que el tercero sepa o no que dicha afirmación no es verdadera (*Hough v. London Express Newspaper Ltd*, § 507-515 por LJ Goddard).

¹⁴³ Atribuída al Juez estadounidense Cooley. Vide, T. A. Cooley, *The elements of torts*, 2º ed. Littleton, Colo: F.B. Rothman, 1995. Otra expresión muy similar, pero con el mismo significado, “*the right to be left alone*”, es utilizada por otros autores, véase S. Deakin, A. Johnston y B. Markesinis, *Tort Law*, 6ª Ed, Oxford, 2007, pp-701-703.

¹⁴⁴ En relación con la naturaleza y razonamiento de la *privacy*, vide, R. Gavison, “Privacy and the limits of the Law”, *Yale L.J.*, 1980, vol. 89, pp.421-471 (en particular, p. 421 y ss.); R. C. Post, “Three Concepts of Privacy”, *Geo L.J.*, 2001, pp. 2087-2098 (en particular, pp. 2093 y ss); J. Rosen, *The Unwanted Gaze : The Destruction of Privacy in America*, 2000; J. Rubinfeld, “The Right of Privacy”, *HLR.*, 1989, vol. 102, pp. 737-807 (en particular, pp. 739 y ss.)

derecho a limitar el acceso a uno mismo (*limited acces to the self*), el derecho al secreto, el control sobre la propia información, la personalidad –integrada por la individualidad, la dignidad y la autonomía-, y la intimidad, entre otros¹⁴⁵. Derivado de todo lo anterior, con el *right to privacy* se impide la reproducción de la imagen de la persona, la publicación de informaciones sobre su persona que le afectan sin que medie su consentimiento o las vistas ilícitas, por mencionar algunos ejemplos¹⁴⁶. En particular, respecto del contenido exacto del *right of privacy* existen distintas posturas, por lo que puede variar incluyéndose otros aspectos –que se sumarían a los anteriores-, en concreto en tres más¹⁴⁷: 1) el ejercicio de este derecho en asociaciones o comunidades libremente formadas, que se concreta en el derecho al anonimato de los miembros de la asociación, la protección de la intimidad familiar, la protección de la libertad de opinión para el acceso a un empleo público o a una profesión; 2) la protección del secreto de las comunicaciones; y 3) el derecho a tomar decisiones en la esfera propia de la intimidad personal (que se concreta en por ejemplo la libertad de aborto y libre acceso a los anticonceptivos, el respeto de la vida privada de indigentes y sujetos con recursos escasos). En cualquier caso, no se entiende la *privacy* como sinónimo de vida privada ya que esto supondría simplificar demasiado y desconocer las diferentes acepciones del concepto norteamericano según los contextos en los que se encuadre. La noción que se aproxima más a la de *privacy* es la de apropiación, esto es, la de hacer propia la vida privada. En este sentido la esencia del *right of privacy* consiste en reconocer y garantizar el ejercicio de un derecho de apropiación contra cualquier agresión exterior, ya sea pública o privada¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Vide D. J. Solove, “Conceptualising Privacy”, *California L. Rev.*, 2002, vol. 90, pp. 1087-1156 (en particular, pp. 1099-1121).

¹⁴⁶ Esto también representa el derecho a ser protegido frente a la publicación o difusión de información personal facilitados a un individuo en circunstancias de confidencialidad y contra la publicación o difusión de hechos irrelevantes y embarazosos relativos a la vida privada propia de un sujeto. Ambos derechos fueron incluidos en la definición de *privacy* acordada en el seno de la *International Commission of Jurists* en su conferencia mundial celebrada en Ginebra (Suiza) del 30 septiembre al 2 de octubre de 1966. Vide, *Bulletin of the International Commission of Jurists*, No. 28, Diciembre 1966, http://www.icj.org/article.php3?id_article=3100&id_rubrique=11&lang=en (visto el 7 julio de 2009).

¹⁴⁷ En este sentido, véase F. Rigaux, “L’elaboración...”, *loc. cit.*, pp. 707-726.

¹⁴⁸ *Ibid.*, pp. 727-730.

35. La lesión al *right of privacy* puede concretarse en la práctica fundamentalmente en cuatro supuestos¹⁴⁹. En primer lugar, la apropiación de la imagen o apariencia de una persona. Esta invasión de la intimidad se materializa en la apropiación -en beneficio del agente causante de la lesión-, bien del nombre, bien de la imagen o de la apariencia del titular. En cualquiera de estos casos el denominador común se encuentra en la apropiación por un tercero de un elemento identificador de la víctima, así mismo se presume el ánimo de lucro o, al menos, el beneficio propio del agente causante. Dentro de este supuesto es donde se encuadra el denominado *right of publicity*¹⁵⁰, o mejor dicho, su lesión¹⁵¹. Para que ésta se consuma y pueda ejercitarse acción para la tutela de este derecho es necesario que se den tres elementos: 1) el valor económico del nombre, la imagen o la apariencia; 2) su explotación por parte del titular (actor); 3) su apropiación indebida por el demandado. En segundo lugar, la intromisión en la vida privada o íntima propiamente dicha. El ejemplo paradigmático de lesión de la intimidad es la intromisión, entrada o intrusión ilegítima por tercero (demandado) en la vida privada del actor¹⁵² (lo que coincide con los supuestos previstos en el artículo 7 puntos 1 y 2 de la LO 1/82). Íntimamente relacionada con aquella, como tercer supuesto se encuentra la revelación o divulgación de informaciones relativas a la vida íntima. Este supuesto de lesión a la intimidad se produce cuando se da publicidad a hechos de la vida privada de un individuo, siempre que lo que se revela sea considerado muy ofensivo desde el punto de vista de una persona razonable y el público no tenga un

¹⁴⁹ Como así se ha establecido la generalidad de la doctrina. Véanse, entre otros, dentro de la doctrina nacional, X. O'Callaghan, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, ob. cit., pp. 88 y ss; P. Brutau, *Enriquecimiento injusto, responsabilidad extracontractual, derecho a la intimidad*, Barcelona, 1983, p. 236; P. Salvador Coderch y otros, *¿Qué es difamar? ...*, ob. cit., p. 89; P. Salvador Coderch (Dir.), *El mercado de las ideas*, Madrid, 1990, pp. 304 y ss. Respecto de la doctrina internacional, vide, W. L. Prosser, W. Page Keeton, *The Law of Torts*, ob. cit., pp. 849 y ss.; P. Bourel, *Les conflicts de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, Paris, 1961, p. 305.

¹⁵⁰ Aunque la configuración doctrinal inicial de este derecho a la imagen, como derecho independiente a la intimidad, se establecía como un *property right* en lugar de un *personal right*.

¹⁵¹ Tal y como se estableció a partir del asunto *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F 2nd 866 (2d Cir 1953), citada en M. Eslava Rodríguez, *La protección civil...*, ob. cit., p. 50, en nota a pie 102.

¹⁵² Lo que para Salvador Coderch, se traduce en “un hostigamiento irracional que obligaría al demandante a encerrarse en una caja fuerte para disponer de intimidad”. Cf., P. Salvador Coderch, *El mercado...*, ob. cit., p. 308.

interés legítimo en su conocimiento¹⁵³. Por último, la publicidad o divulgación de hechos de manera que distorsionen o tergiversen la información o los hechos de una persona, esto es, que su imagen pública resulte falseada (*false light in the public eyes*¹⁵⁴). Este supuesto no llega a ser difamación pero que sí ofende al titular del derecho de forma grave¹⁵⁵.

36. En el Derecho inglés para el reconocimiento y tutela de *right to privacy* no ha existido nunca una ley de privacidad –de origen parlamentario–, sino que ésta ha emergido jurisprudencialmente en los últimos años mediante la combinación de las leyes de confidencialidad –que cubren el intercambio de información–, con las leyes de derechos humanos que protegen el derecho a la vida privada. En la generalidad de los supuestos los tribunales ingleses han recurrido a la *law of confidence* para condenar supuestos en los que se publica información no consentida, sentando así las bases para las futuras sentencias en asuntos similares¹⁵⁶. Esta jurisprudencia no ha contado con el favor de todos, especialmente de los medios de comunicación que la critican duramente, pues ven limitadas sus actuaciones sin un fundamento legal –únicamente de naturaleza jurisprudencial–. El recurso a la *law of confidence* para la tutela de un eventual derecho a la privacidad no resultaba satisfactorio para todos los supuestos en los que pudiera

¹⁵³ Que en caso del Derecho español coincide con los supuestos del art. 7 puntos 3 y 4 LO 1/82.

¹⁵⁴ Vide, P. Jaffey: “Privacy, Confidentiality and Property”, en P. L. C. Torremans (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, Austin/Boston/Chicago/N.Y./The Netherlands, 2007, Capítulo 18, pp. 446-473, en particular pp. 463 y ss.

¹⁵⁵ En el Derecho español no existe una regla específica que abarque este supuesto en particular.

¹⁵⁶ Por ejemplo, el 24 de julio de 2008 el Tribunal Supremo británico concedió £ 60,000 (más de 76.000 €) como indemnización por daños y perjuicios al administrador del Motor Racing, Max Mosley, por un vídeo de él realizando actividades sexuales que fue colgado en Internet y que fue la base de un artículo publicado por el *News of the World*. La sentencia reconoce que el demandante tenía una expectativa razonable de intimidad en relación con las actividades sexuales (aunque fueran poco convencionales) consentidas entre adultos, caracterizadas por ser de “propiedad privada”. Sin que exista interés público u otra justificación para la grabación clandestina, para la publicación de la información resultante, así como fotografías, o para colgar secuencias del vídeo en la página web *the News of the World*, además que todo esto fuera gran escala. Todos los datos de esta demanda pueden verse en la página web: <http://www.telegraph.co.uk/news/2452790/Max-Mosley-wins-Nazi-SandM-privacy-case.html>

referirse este derecho y que no estuvieran directamente relacionados con la confidencialidad –en los términos de esta ley-. Aunque con la evolución jurisprudencial se amplió el ámbito de aplicación de la *law of confidence*¹⁵⁷ –a tales efectos- seguía existiendo cierta reticencia en la identificación de un derecho general a la *privacy* que no estuviera fundado en la violación de un vínculo obligatorio, esto es, fundado en la confidencialidad de la información. En definitiva, no todos los supuestos podían tutelarse a través del recurso a esta norma.

Para evitar posibles problemas de fundamentación legal para la protección de la privacidad, y en general de los derechos de la esfera personal¹⁵⁸, los tribunales ingleses recurren a la *Human Rights Act* (en adelante *HRA*)¹⁵⁹, a través de la cuál se incorporó al Derecho inglés el CEDH. Con anterioridad a la entrada en vigor de la *HRA*, la tutela de los derechos referidos a la personalidad por los tribunales ingleses -debido a las referidas lagunas legislativas- se derivaba directamente del propio Convenio (como

¹⁵⁷ Vid asunto *Hellewell v. Chief Constable of Derbyshire*(1995) 1 WLR 804, 807, donde se concluyó que la información reservada también comprende las fotografías tomadas indebidamente. Con esta inclusión vía jurisprudencial de la imagen como integrante de la información reservada que debe protegerse como parte de la intimidad del sujeto, por la doctrina se ha entendido que se reconoce, aunque de manera implícita, la propia imagen como parte de la *privacy* -que en aquellos momentos se protegía directamente a través de la conculcación de la confidencialidad (*breach of confidence*). Vide, E. Corapi, “L’art. 8 dello Human Rights Act e l’azione di breach of confidence”, en Associazione italiana di diritto comparato; *I diritti fondamentali in Europa*; Associazione italiana di diritto comparato, XV Colloque biennele, Messina-Taormina, 31 mayo al 2 de junio 2001; Milán, 2002; pp. 98-115 (en concreto, pp. 105-106). Así mismo, para delimitar ese alcance de lo reservado, se exige que la información deba tener el necesario grado de intimidad. Pues la base de la protección de la confidencialidad es el desconocimiento para la persona que recibe la información de que ésta es confidencial, y sin que la relación entre las partes sea un factor determinante para que se establezca la existencia de la lesión (vid. asunto *Stephens v. Avery*, (1988), 1 Ch449, 482).

¹⁵⁸ Que no encajaran dentro del ámbito de aplicación de la *law of confidence*.

¹⁵⁹ Aprobada por el Parlamento británico el 9 de noviembre de 1998, y entró en vigor en octubre de 2000. Esto requiere que, tanto como sea posible, la legislación primaria (principal) y subordinada (de desarrollo) debe ser interpretada y ejecutada de forma que resulte compatible con la CEDH, y yendo más allá, se estipule que es ilegal para una autoridad pública actuar de forma incompatible con algún derecho reconocido en esta Convención. En el asunto *Douglas v. Hello! Ltd.*(2001, 1 Weekly Law Reports 992), el magistrado Sedley LJ indicó que: “*he was prepared to find that there was now a qualified right to privacy under English domestic law*”; aunque otros miembros del Tribunal de Apelación, no encontraron esto necesario para sentenciar en este punto.

ayuda a la interpretación legal¹⁶⁰, como así ocurrió en el caso *AG v. Guardian Newspaper*¹⁶¹- sin olvidar la influencia de este texto internacional en el desarrollo del *common law* en esta materia¹⁶²). Con la *HRA* se introdujo en el Derecho inglés el respeto a la vida privada personal y familiar (art. 8 CEDH) pero de una forma más amplia, reconociendo el derecho a la *privacy*¹⁶³. En este sentido resulta relevante la sentencia dictada por la Corte de Apelación en el asunto *Douglas and others v. Hello! Ltd*, el 21 de diciembre de 2000¹⁶⁴, que supuso el punto de inflexión en el reconocimiento de la tutela de la privacidad en el *common law*¹⁶⁵. La Corte de Apelación reconoció la existencia de un derecho de *privacy* personal que encuentra su

¹⁶⁰ Respecto del debate doctrinal sobre la relación entre la tutela de los derechos protegidos por la CEDH y la tutela efectiva de estos en Gran Bretaña, en general *vide*, D. Feldman, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, Oxford, 2ª ed. 2002, pp. 34-112 (en particular en relación con la privacidad pp. 511-569); S.H. Bailey, D.J. Harris, B.L. Jones, *Civil Liberties cases and Materials*, Oxford, 5ª ed., 2001, Caps. 1 y 2 (en concreto sobre la privacidad, cap. 9); H. Fenwick, *Civil Liberties and Human Rights*, 3ª ed., Londres, 2002, pp. 93 y ss (en particular, pp. 112-115 y pp. 136-139); H. J Steiner, P Alston, *International Human Rights in context: Law, Politics, Morals*, 2ª ed., Oxford, 2000, pp. 999 y ss. y C. Leben, “Is there a European Approach to Human Rights”, en P Alston, *The EU and Human Rights*, Oxford, 2000, pp. 69-98 (en concreto, pp. 69 y ss).

¹⁶¹ *Vid.* asunto *Attorney-General v. Guardian Newspaper* (No 2) (1990) 1 AC 109, 283. De un modo similar, en *Chief Metropolitan Magistrates’ Court ex parte Choudhury*, el art. 10 CEDH fue básico para la revisión de la decisión de no conceder protección de la intimidad contra Salman Rushdie y sus editores violada por unos escritos difamantes (*R v. Chief Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Choudhury* (1991), 1 All ER, 306)

¹⁶² Asunto *Derbyshire C.C. v. Times Newspapers Ltd* (1992) 3 All ER, 65

¹⁶³ *Vid.* M. Beloff, “What does it all mean? Interpreting the Human Rights Act 1998”, en L. Betten (Ed.), *The Human Rights Act 1998, What it means: the incorporation of the European Convention on Human Rights into the legal order of the United Kingdom*, London, 1999.

¹⁶⁴ En el asunto de referencia, Michael Douglas y Catherine Zeta Jones tenían un contrato en exclusiva para la publicación de las fotos de su matrimonio con la revista *OK!*, pero la revista *Hello!* consiguió fotografías no autorizadas del matrimonio para publicarlas. Los demandantes consiguiendo en primera instancia una medida para la impedir la publicación de las fotografías por parte de la revista *Hello!* (*interim injunction*) y los demandados recurrieron en apelación dicha medida.

¹⁶⁵ El hecho de que pueda utilizarse la institución de la *breach of confidence* y la aplicación de la CEDH para crear un derecho a la intimidad en el Reino Unido se reafirma por la sentencia dictada en el asunto *Douglas v. Hello*, UKHL 21, 2.5.2007. En palabras de Lord Walter: “I now turn to breach of confidence. This House has quite recently reaffirmed that English law knows no common law tort of invasion of privacy: *Wainwright v. Home Office* [2004] 2 AC 406. But the law of confidentiality has been, and is being developed in such a way as to protect private information”.

fundamento en el *breach of confidence*, pero al mismo tiempo confirma una medida que puede “atacar” el ejercicio de la libertad de expresión como es la inhibición de la publicación de la foto antes del juicio, si bien, establece que para ello el tribunal debe tener presente todos los derechos fundamentales protegidos por el CEDH (arts. 8 y 10 CEDH) -tal y como se ha previsto en la *HRA*¹⁶⁶-. A pesar de que esta *injunction* fue finalmente rechazada en apelación por la Corte, lo realmente innovador de este caso fue el reconocimiento de que la pareja tenía un derecho personal ejercitable –el *right of privacy*- contra los demandados.

A pesar de que no hayan sido definidos estos conceptos, el nivel de tutela y de la amplitud de las situaciones jurídicas que pueden resultar protegidas en este precepto es muy elevado, en este sentido la jurisprudencia precisa que pueden ser protegidas una multiplicidad de relaciones que hagan referencia a lesiones de la esfera personal de los individuos, es decir, que recaigan en la vida privada, en la vida familiar, el domicilio y en la correspondencia (haciendo regresar, en el concepto de vida privada, la tutela a la *privacy*)¹⁶⁷.

37. Especialmente en el Derecho inglés resulta difícil dar una noción de *privacy* autónoma sin que pueda solaparse con otros términos, como confidencialidad –e incluso propiedad de intangibles como son los derechos de propiedad intelectual, incluida la información-, tal y como está configurada jurídicamente su tutela. De tal forma que, en muchas ocasiones, resulta difícil diferenciar entre los distintos tipos de reclamaciones legales que pueden aparecer superpuestas cuando se trata de revelación o explotación de información. En particular, la intimidación informativa está relacionada con la *law of confidence* e incluso con la *law of trade secrets*, aunque en estos casos concierne más a aspectos comerciales que privados de la información. Pero también hay ciertos aspectos de una noción o concepto más amplio de *privacy* que no están afectados por la

¹⁶⁶ Sección 12 de la *Human Rights Act*.

¹⁶⁷ Como ya se vio, en función de la evolución que del ámbito de protección del art. 8 CEDH se da por el TEDH. En este sentido resulta relevante la Sentencia del TEDH, de 28 enero de 2003, asunto *Peck v. The United Kingdom*. En este caso, la acción del demandante se fundamentaba, por un lado, por el descubrimiento a los medios de comunicación de material obtenido en circuito cerrado de televisión, lo que supuso que imágenes suyas fueran publicadas y difundidas extensamente y, por otro, por la ausencia de un remedio eficaz doméstico (previsto en el Derecho Inglés) para evitar y reparar estos daños a la personalidad (§§ 35-51). Todo ello sobre la base de los artículos 8 y 13 CEDH (§52 y ss.).

información privada, como es la *defamation* y la *false light portrayal* (que puede traducirse en la representación errónea o falsa de la persona)¹⁶⁸. Consecuentemente, la diferenciación o concreción de los bienes jurídicos a proteger y las leyes que deben aplicarse en cada caso para su tutela no resulta una tarea fácil en la práctica¹⁶⁹. En este sentido, la publicación de contenidos no verídicos puede suponer en ciertas ocasiones una invasión del *right to privacy* -lo que puede confundirse con supuestos de difamación, pero se trata de conceptos que deben diferenciarse¹⁷⁰-. De igual forma el derecho a la privacidad debe distinguirse de la protección de la *confidence* (aunque su origen jurisprudencial sea precisamente este como ya se advirtió). Lo que la *privacy* significa es todo aquello que la ley actual protege y lo que puede ser hecho en el futuro, pero se ha rehusado por las autoridades la posibilidad primero de dar una definición cerrada (por lo que el triunfo deberá en cada caso analizar el supuesto concreto) y, en segundo lugar, de elaborar una *Tort* específica para los supuestos de lesión del derecho a la privacidad¹⁷¹. Es por ello por lo que la protección del derecho a la privacidad en el

¹⁶⁸ En este sentido, sobre la noción de *privacy*, su alcance, aspectos y relación con otras nociones, *vid.* P. Jaffey, *Private Law and...*, *ob. cit.*, pp. 461-464.

¹⁶⁹ Sobre la dificultad de diferenciar o concretar el bien jurídico protegido y las distintas leyes susceptibles de aplicarse en cada caso y, en particular, la identificación de los principios subyacentes en las diferentes reclamaciones, *vide*, *Id. Private Law and Property Claims*, Oxford, 2007, Capítulos 1 a 3. Donde P. Jaffey destaca la confusión y la incoherencia a la que obligatoriamente se llega como resultado del fracaso de separar categorías distintas basadas en principios diferentes (en particular, pp. 99-103).

¹⁷⁰ Tal y como estableció el Comité sobre Privacidad en su informe de 1972, los conceptos de *defamation* y *privacy* necesitan mantenerse separados para que las salvaguardas de la libertad de expresión que se encuentran recogidas en la acción de difamación no se pierdan en una extensa y vaga propuesta de *Tort of invasion of privacy*. *Report of Committee on Privacy*. Cmnd. 5012 (1972), Chairman: The Rt. Hon Kenneth Younger. Igualmente puede hablarse de diferentes alternativas a la difamación, ante supuestos de hecho parecidos, que individualmente deberán ser analizados para la elección de la opción más apropiada. Así por ejemplo, como posibles alternativas a la *defamation* en el Derecho anglosajón: *malicious falsehood* y *verbal injury*; negligencia, *right to privacy*; *data protection legislative* (*Data Protection Act 1998*); *Misleading y Deceptive Conduct*; *criminal libel* (ya derogado); e incluso dentro del ámbito profesional la *Industry self-regulation*. Véase, M. Collin, *The Law of Defamation and the Internet*, 2ª ed., Oxford, 2005, párrafos 24.1-24.16, pp. 321-330.

¹⁷¹ *Vide*, *Report of Committee on Privacy and Related Matters*. Cm 1102 (1990) (Chairman: David Calcutt QC), donde se recomienda que no debe ser incorporado un estatuto propio para daños a la privacidad (*statutory tort of infringement of privacy*). Fundamentalmente las voces en contra de la elaboración de una *Tort* específica para la privacidad argumentan el potencial peligro de censura por el Gobierno de la libertad de expresión. Aunque esta visión no es compartida por todos. *Vide*, Hepple,

Derecho inglés se realizan por la vía de la *Human Rights Act* 1998.

En definitiva, de la práctica jurisprudencial -del desarrollo de esta figura- y del *status quo* de la cuestión puede afirmarse que el *right to privacy* emanó del *common law* del *breach of confidence*, con independencia o separadamente de las previsiones de la *Human Rights Act*¹⁷². De esta forma se concluye que con la *law of confidence* se protege apropiadamente un derecho personal a la vida privada aunque no existiera entre el demandante y el demandado relación obligatoria alguna. Son varias razones las que fundamentan esta afirmación¹⁷³ (fundamentándose en la propia resolución de la Corte en el asunto *Douglas*): 1) a diferencia de lo que la Corte de Apelación estableció anteriormente en el caso *Kaye v. Robertson*¹⁷⁴ al afirmar que en el Derecho inglés no se reconoce un derecho general a la privacidad -en esta ocasión sobre la base de la *equity* y la *common law*- expresamente reconoce que actualmente se ha llegado a un punto en el que cabe afirmar que existe un derecho de cada uno a disponer de un cierto espacio privado; 2) la *breach of confidence Tort* recoge todos los elementos necesarios para garantizar la protección de la privacidad personal, con lo que la articulación de este derecho como autónomo sería relativamente sencillo partiendo de esta base; 3) en la tutela del derecho a vida privada existe un reconocimiento unánime del hecho de que la ley debe proteger no sólo aquellas personas cuya confianza ha sido traicionada, sino también a aquéllos que en general sienten sencillamente que están siendo sometidos a una intrusión no querida en su esfera privada; 4) de la *Human Rights Act* de 1998 se deriva la obligación para los tribunales de dar una apropiada tutela al derecho a la vida privada personal y familiar, tal y como lo ha establecido el art. 8 CEDH. Con todo ello puede afirmarse que través de la utilización de la institución de la vulneración de confianza (*breach of confidence*) y la aplicación del CEDH (con la recepción en el Reino Unido tras la *Human Rights Act* de 1998 de su art. 8), se está conformando un

Howarth & Matthews, *Tort- Cases & Materials*, 5ª ed, Londres, 2000, p. 1005.

¹⁷² Vid. N. A. Moreham, "Case: *Douglas and others v Hello! Ltd*. The Protection of Privacy in English Private Law", *Mod. L. Rev.*, Vol. 64, Nº 5, 2001, pp. 767-774 (en particular, p.768) y G. Phillipson,, "Transforming Breach of Confidence? Towards a Common Law Right of Privacy under the Human Rights Act", *Mod. L. Rev*, vol. 66, 2003, pp. 726-758.

¹⁷³ Vid. E. Corapi, "L'art. 8 dello Human Rights Act...", *loc. cit.*, p. 108.

¹⁷⁴ (1991), FSR 62, Corte de Apelación.

auténtico derecho a la intimidad en el país por la vía jurisprudencial¹⁷⁵.

2. Derecho general de la personalidad

38. Son varios los ordenamientos jurídicos nacionales del continente europeo que han optado por la tutela de la esfera de la persona mediante el reconocimiento de un derecho general de la personalidad. Este es el caso, por ejemplo, del Derecho italiano, ya que desde el punto de vista de la doctrina jurisprudencial en el sistema italiano se reconoce un derecho general a la privacidad. Ahora bien, desde el principio se ha discutido si este derecho general a la privacidad está o no tutelado por la Constitución italiana de forma general y omnicomprendensiva¹⁷⁶, dado el tenor literal de la Carta Magna¹⁷⁷. En este sentido, podría entenderse de manera que solo en parte su tutela vendría por los artículos 13 y 23 de la Constitución, en relación con la libertad personal en sentido físico y moral (la libertad individual)¹⁷⁸. Sin embargo, la jurisprudencia nacional a partir de 1975 cambió su doctrina a favor de un reconocimiento en el ordenamiento italiano de un derecho general a la privacidad derivado del art. 2 de la

¹⁷⁵ Para un análisis comparativo de la jurisprudencia nacional española y británica de los derechos a la intimidad y propia imagen, véase, A. Fayós Gardó, “Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Indret*, 22/10/2007, disponible el texto íntegro en http://www.indret.com/pdf/492_es.pdf

¹⁷⁶ Véanse en este sentido, A. Pace, “Nuove frontiere della libertà di “comunicare riservatamente” (o, piuttosto, del diritto alla riservatezza?)”, en *Giur. cost.*, n.º. 38, 1993, pp. 45-68, en esp. pp. 45 y ss. En sentido contrario, A. Bevere y A. Cerri *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, Milán, 1995, pp. 46 y ss., 139 y ss. En el mismo sentido, *vid.*, M. Dogliotti y S. Boccaccio, “Il diritto alla riservatezza negli orientamenti della giurisprudenza”, en *La nuova giurispr. civ. comm.*, 1989, pp. 351-385, en particular, pp. 351 y ss.

¹⁷⁷ La Constitución italiana no recoge expresamente en su texto un derecho a la intimidad o privacidad de la persona; si bien, ciertos aspectos de ésta se encuentran cubiertos por los artículos 13 y 23, en relación con la libertad personal –entendida tanto en un sentido físico como moral: la denominada libertad individual–; mediante declaración de la inviolabilidad del domicilio –la libertad domiciliaria– (artículo 14); y por el artículo 15, en relación con la libertad de las comunicaciones “reservadas”, esto es, la libertad y el secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación. Estas disposiciones constitucionales se ven reforzadas en su eficacia por las sanciones penales establecidas en los artículos 614, 616 y 699 del Código Penal.

¹⁷⁸ *Vide*, A. Pace, *Problemática delle libertà costituzionali. Parte speciale*, 2ª ed., Padua, 2002, pp. 174 y ss.

A pesar del hecho de que en la mayoría de los supuestos para la tutela de los derechos de la esfera de la personalidad en el sistema italiano se parte de la identificación del fundamento del derecho a la propia imagen o al honor en la tutela de la privacidad¹⁸⁰ (aunque se trate de derechos autónomos), caben supuestos en los que se ataque por ejemplo el derecho a la imagen pero no resulte lesionada la privacidad, en sentido estricto¹⁸¹. En este sentido pueden referirse, en particular, aquellos supuestos en los que las imágenes son tomadas en principio ilegítimamente violando el domicilio pero que finalmente no se considera privado ese espacio concreto -a los efectos de considerar la actuación como lesiva de la privacidad-. En el Derecho italiano la tutela de la privacidad del domicilio no se extiende a aquellos espacios que, aun siendo privados, se encuentran expuestos al público, como son por ejemplo una terraza o un barco¹⁸². Por su parte, la protección autónoma del honor respecto a la imagen se encuentra explicitada normativamente en el Derecho italiano en el artículo 10 Código civil y en el artículo 97. 2º de la Ley 633/1941¹⁸³. En este sentido, la aproximación que el sistema italiano realiza de esta materia resulta interesante si se pone en comparación con la española en cuanto a la posible fundamentación para la tutela de estos derechos. En el Derecho español para la tutela de la propia imagen y de la intimidad personal y familiar normalmente se

¹⁷⁹ Vide, Sentencia de la Corte Constitucional italiana, Sentencia 81/1993, de 26 de febrero de 1993, texto disponible en la pág web <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>

¹⁸⁰ En este sentido véase, A. de Cupis, *Il diritti della personalità*, 2, Milán, 1982, pp. 285 y ss. Si bien, hay autores que critican esta postura por ser simplista y desajustada a la realidad. Por ejemplo, A. Pace en lo que se refiere a la imagen, declara que “constituyendo la proyección exterior y concreta de la persona en el mundo que la rodea, postula una tutelabilidad jurídica autónoma, igual que —desde otra perspectiva— se impone una autónoma tutelabilidad jurídica para el nombre, que se deriva de la subjetividad jurídica y, por tanto, de la necesidad obvia de la identificabilidad jurídica de los sujetos”. Cf. A. Pace, “Derecho a la propia imagen...”, *loc. cit.*, p. 40.

¹⁸¹ El carácter autónomo del derecho a la imagen deviene de su propia tutela en el ordenamiento jurídico italiano por el art. 2 de la Constitución, art. 10 C.c y en los artículos 97 y 98 de la Ley 633/1941, sobre derechos de autor.

¹⁸² En este sentido, A. Pace establece que aquel que no se comporta “de forma reservada, no puede pretender la tutela de su propia privacidad”. Cf. A. Pace, “Derecho a la propia imagen...”, *loc. cit.*, p. 39-40.

¹⁸³ Sobre esta cuestión en particular, véase S. Pugliatti, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, Milán, 1957, pp. 12 y ss.

recurre directamente al art. 18.1 CE, pero en ocasiones esa tutela se realiza mediante el recurso a la tutela de la dignidad humana (art. 10.1 CE)¹⁸⁴. La doctrina Italia no comparte esta postura, en la medida en que entiende que la tutela de la propia imagen y de la intimidad queda condicionada a que se constate que existe una vulneración efectiva de la dignidad humana –además de los propios requisitos-¹⁸⁵. En consecuencia, tal aproximación supone que estos derechos estarían privados de garantías en el caso de que la violación de los mismos no lesionase al mismo tiempo el honor¹⁸⁶.

39. Existen otros sistemas nacionales europeos que han optado por esta técnica en el ámbito de los derechos de la personalidad, es el caso particular del Derecho alemán. En el ordenamiento jurídico alemán el derecho general a la personalidad se deriva por la doctrina del Código civil en una interpretación específica del § 823. 1º en conjugación con el art. 2 de la Ley Fundamental. En el Código civil alemán no se contiene ninguna disposición por la que un sujeto que haya sido lesionado en sus relaciones personales por un tercero pueda acudir a los tribunales para exigir judicialmente su tutela, y obtener resarcimiento económico -indemnización- por los daños sufridos, y/o pedir el cese o prohibición de la vulneración (de la actividad lesiva). La razón de esta omisión por los redactores era evitar los peligros de inseguridad jurídica que una cláusula general de contenido amplio generaba, por lo que se optó por la enumeración y delimitación de supuestos de hecho concretos. En particular, el párrafo 823.1º establece la obligación de indemnizar los daños causados por aquel que lesiona a otro de forma antijurídica y culposa en su vida, cuerpo, salud, libertad, propiedad u otro

¹⁸⁴ En lo que se refiere a la jurisprudencia constitucional, pueden verse, entre otras, las SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3º, y 99/1994, de 11 de abril, FJ 5º. En cuanto a la doctrina véase M. Carrillo López, “El derecho a la propia imagen del artículo 18.1 de la CE”, *CDJ*, nº 35, 1993, pp. 53-90, en esp. p. 67; J. Santdiumenge i Farre, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo*, en VV. AA.: *El mercado de las ideas*, ob. cit., pp. 339-381, en particular, p. 341

¹⁸⁵ Entre otros, C. Mortati, “Rimpatrio obbligatorio e Costituzione”, *Giur. cost.*, 1960, pp. 683-720, en particular, pp. 689 y ss., A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milán, 1967, pp 40, 52, 190 y ss. (que sostienen la aplicabilidad del art. 13 de la Constitución Italiana sólo ante medidas limitadoras de la libertad personal que sean degradantes para la «dignidad social»), véase A. Pace, *Problemática delle libertà costituzionali*, ob. cit., pp. 171 y ss.

¹⁸⁶ Por ejemplo, en el asunto *Soraya*, ya referido, la violación del derecho a la propia imagen y a la intimidad se había producido sin vulnerar el decoro y la reputación de la princesa Esfandiari y, siguiendo esta tesis, se debería haber rechazado la demanda judicial.

derecho. Aunque la doctrina inicial entendía que se trataba de una enumeración de bienes jurídicos no de derechos subjetivos, la vulneración antijurídica de estos bienes jurídicos conlleva las mismas consecuencias que la lesión de un derecho subjetivo como es el derecho de propiedad. Dentro de ese término “otro derecho” debía deducirse si los derechos de la personalidad se encontraban protegidos por esta vía, y para ello había de partirse del contenido del ordenamiento jurídico alemán en su conjunto. Ahora bien, el principal problema a superar es que en el ordenamiento alemán no se reconocía el derecho a la vida privada, ni otros derechos de la personalidad -salvo el derecho al nombre (§12), y sólo de manera indirecta el derecho al honor (§ 823.2º)¹⁸⁷ y el derecho a la imagen¹⁸⁸ -.

Como consecuencia de esa falta de previsión por la doctrina civilista alemana se abogaba por el reconocimiento de un derecho general a la personalidad, que abarcara todos los intereses y bienes de la personalidad¹⁸⁹. Con ello se encajaría como uno de los “otros derechos” a los que alude el § 823.1º, y disfrutaría de los mismos mecanismos de protección que el derecho a la propiedad y demás derechos de naturaleza patrimonial. En un primer momento el rechazo a esta propuesta se produjo por el carácter general de esta cláusula y su indeterminación que difícilmente podía adaptarse al sistema de supuestos de hecho que constituyen actos ilícitos del BGB. Dos factores incidieron definitivamente en la aceptación y admisión de esta tesis. En primer lugar, la entrada en vigor de la Ley Fundamental. Con esta norma se impone la protección de los valores constitucionales en todos los ámbitos, y desde esta perspectiva, su art. 1 declara la intangible dignidad del hombre y su art. 2 establece el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. Es precisamente el derecho fundamental que el art. 2 consagra el que pasa a ser considerado como derecho subjetivo y con ello, a ser ese “otro derecho” del § 823.1º. En segundo lugar, esta admisión es consecuencia de la toma de conciencia y el convencimiento extendido del creciente riesgo para los bienes de la personalidad que conlleva el desarrollo de las nuevas tecnologías y de los medios de comunicación y difusión. Finalmente es el Alto Tribunal alemán (*Bundesgerichtshof*) el que con estos

¹⁸⁷ Según este precepto estará obligado a indemnizar daños el que en la misma forma que en caso de infracción de un derecho contravenga la legislación cuyo objetivo sea la protección de la persona. Se considera legislación protectora a la penal.

¹⁸⁸ Artículos 22 y siguientes de la Ley de Protección artística de 1907.

¹⁸⁹ En esta línea, *vide*, K. Larenz, "El derecho general...", *loc. cit.*, pp. 639 y ss.

preceptos constitucionales configura un derecho general de la personalidad, que se define como el derecho que tiene un particular contra otro particular al respeto de su dignidad de hombre y al desarrollo de su personalidad individual (relaciones *interprivatos*). De igual forma, el Tribunal Constitucional Federal en lo que se refiere a las relaciones verticales declara la existencia de un ámbito de libertad propia para toda persona consagrada en el art. 2.1 de la Ley Fundamental, y con ello se le reconoce el derecho a deferir al Tribunal Constitucional cualquier acto de autoridad pública que lesione esta libertad. Finalmente, sobre la base de este mismo precepto, este Alto Tribunal configura el derecho a la autodeterminación en el ámbito o sector de la información dentro de los límites que el interés general a la información exige. En este sentido, se ha desarrollado desde la segunda mitad del siglo XX una nutrida jurisprudencia respecto del derecho general de la personalidad, que ha permitido identificar en este contexto tres grupos de ilícitos: a) la invasión de la privacidad -por ejemplo la publicación de material visual o acústico no autorizado¹⁹⁰-; b) la circulación no autorizada de información (por ejemplo de cartas o diarios, etc.) y, c) la infracción del honor personal que no recae dentro de la protección del § 823. 2º del BGB, combinado con las provisiones del Derecho penal.

40. En términos similares a la legislación alemana, puede referirse la protección -civil- de los bienes jurídicos de la personalidad en el Derecho portugués, pues se establece de una manera muy similar al reconocimiento de un derecho general de la personalidad del Código alemán; si bien, por la mayoría de la doctrina portuguesa estos derechos se clasifican como derechos subjetivos¹⁹¹. En este sentido, el Código civil portugués para la protección de la personalidad establece una cláusula abierta¹⁹² que se completa con una regulación concreta de alguno derechos especiales de la personalidad, como son: el derecho al nombre (art. 72), el secreto de correspondencia (arts. 75, 76, 77

¹⁹⁰ Véase la jurisprudencia alemana referida al respecto en K. Larenz, "El derecho general...", *loc. cit.*

¹⁹¹ Sobre la tutela de los bienes de la personalidad en el Derecho portugués desde una perspectiva comparada -incluyendo el aprovechamiento económico de estos bienes- véase E. Dias Oliveira, *Da responsabilidade Civil...*, *ob. cit.*, pp. 38- 84, en particular, la doctrina nacional referida en nota a pie nº 79 (p. 39).

¹⁹² Art 70.1 Código civil portugués: "La ley protege a los individuos contra cualquier ofensa ilícita o amenaza de ofensa a su personalidad física o moral".

y 78), el derecho a la imagen (art. 79) y el derecho a reserva sobre la intimidad de la vida privada (art 80). De la misma forma que en el caso alemán en el Derecho suizo la protección de la esfera -o esferas- que configuran la personalidad gira en torno a la idea de un derecho general de la personalidad. Ahora bien, cuenta con diferencias notables respecto del caso alemán. El artículo 28 del Código civil suizo¹⁹³ dispone en cláusula abierta que aquel que sea lesionado en su personalidad por atentado ilícito puede acudir ante los tribunales para su protección. Es el párrafo 2º de este precepto el que de forma igualmente extensa determina cuando un atentado es ilícito, esto es, la prueba de la ilicitud, estableciendo que será así cuando no haya mediado consentimiento de la víctima, o cuando no esté justificado por la existencia de un interés público o privado preponderante, o esté previsto por ley.

3. Derecho subjetivo a la vida privada

41. La aproximación de la tutela de los derechos referidos a la personalidad a través del reconocimiento de un derecho subjetivo es la opción por la que ha optado el ordenamiento español, pero no es el único, pues países del entorno siguen esta misma tendencia. En Francia la Ley de 17 de julio de 1970¹⁹⁴, cuyo objetivo era a reforzar la garantía de los derechos individuales de los ciudadanos, introdujo en el Código civil una disposición según la cual "cada uno tiene derecho al respeto de su vida privada"¹⁹⁵. Este precepto otorga a los jueces el fundamento legal para adoptar los medios necesarios para la cesación, si es necesario con urgencia, de toda intromisión en la intimidad garantizada. Es esta la disposición en que se funda la afirmación del carácter particularmente protector de la legislación francesa. En este sentido, el sistema nacional ha consagrado un derecho subjetivo -de alcance general- al respeto de la vida privada.

¹⁹³ En su redacción otorgada por la Ley federal de 16 de diciembre de 1983.

¹⁹⁴ Ley núm. 70-643 de 17 de julio de 1970

¹⁹⁵ Art. 9: "Cada uno tiene derecho a su vida privada. Los jueces pueden, sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, prescribir medidas tales como el secuestro, el embargo, y aquellas otras adecuadas para impedir o hacer cesar un atentado a la intimidad de la vida privada". Una de las novedades más importantes que esta Ley introduce es la sustitución de la expresión consagrada por la jurisprudencia francesa "atentados a la vida privada" por la de "atentados a la intimidad de la vida privada", lo que reduce el extenso ámbito que abarca la noción vida privada al círculo o esfera más secreta de la persona. No obstante, la jurisprudencia francesa sigue poniendo el acento en la cuestión de la intromisión, y su carácter intolerable, que en la determinación del bien jurídico que resulta lesionado.

Si bien, el reconocimiento de este derecho no excluye la aplicación de la responsabilidad civil derivada de su conculcación (lo que legitimaría al titular al ejercicio de una acción resarcitoria). Este derecho subjetivo (de alcance general) a la vida privada del art. 9 Código civil debe concretarse a la vida familiar, al domicilio y la correspondencia, en virtud de la incidencia de los distintos textos internacionales en el ordenamiento francés, como es el CEDH -artículo 8¹⁹⁶-, y el art. 17 del Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos de Nueva York¹⁹⁷.

Los antecedentes de esta ley pueden encontrarse en el reconocimiento de derechos subjetivos particulares. En este sentido, la jurisprudencia civil francesa para la protección de la esfera de la personalidad, en lo que se refiere a los atentados entre los particulares, recurría a varias técnicas de protección a la vez: la protección del secreto a la vida privada, la responsabilidad civil y al derecho subjetivo. De esta forma se recurría al art. 1382 del Código civil¹⁹⁸ para los supuestos de conculcación del secreto a la vida privada y, al mismo tiempo, consagró en beneficio de las víctimas de estos atentados varios derechos subjetivos para su protección cuando estos fueran reiterados o graves. Entre los derechos subjetivos específicos consagrados por la jurisprudencia se encontraba el derecho al secreto de la correspondencia (a la no divulgación de su contenido) y el derecho a la imagen del que no puede disponerse por tercero, salvo que medie consentimiento del titular o autorización, con excepciones para las personalidades públicas. El recurso a estos derechos específico cumplía un claro propósito: otorgar una mayor protección a las víctimas de los atentados contra estos aspectos concretos que la que otorga la cláusula general de la obligación de reparar el daño por falta. En este sentido, si resulta de aplicación el ordenamiento francés, si el atentado es contra la vida secreta o la imagen, el titular de estos derechos conculcados podría conseguir su tutela sin que tuviera que cumplir los requisitos exigidos para la

¹⁹⁶ Firmado por Francia el 4 de noviembre de 1950 e incorporado a su Derecho interno por Decreto 74-360, de 3 de mayo de 1974.

¹⁹⁷ Incorporado por Decreto 81-76, 29 enero de 1981.

¹⁹⁸ Que establece la obligación general de reparación del daño causado a otro por falta. Un análisis de éste y de los sistemas nacionales Suizo e Italiano, que consagran cláusulas generales de responsabilidad extracontractual –esto es, que optan por la atipicidad de los hechos generadores de responsabilidad- puede verse en D. Moura Vicente, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2001, pp. 190-191 (en relación con su posible aplicación al ámbito de responsabilidad extracontractual en los supuestos de responsabilidad precontractual).

responsabilidad civil extracontractual -prueba de la culpa del autor y del daño causado-. En consecuencia, el titular de un derecho subjetivo puede poner fin a los atentados ya consumados (acción de cesación) o, de forma eventual, evitarlo con carácter preventivo, solicitándolo judicialmente sin que tenga la obligación de probar la falta del autor de las conculcaciones.

42. Ahora bien, la consagración de derechos subjetivos extrapatrimoniales para la tutela de los intereses morales de la persona en el Derecho francés no es una cuestión pacífica, debido a diversos factores. Por un lado, por la dificultad que existe a la hora de determinar estos derechos y su contenido¹⁹⁹ y, por otro, porque podría considerarse innecesario por resultar suficientemente tutelados en el ordenamiento francés mediante la cláusula general de responsabilidad civil extracontractual. También pueden esgrimirse argumentos en favor del reconocimiento de tales derechos subjetivos, fundamentalmente por considerar que la protección de este tipo de intereses es más eficaz por esta vía al equipararse los medios de protección de los derechos subjetivos a los que se reconocen a los derechos patrimoniales²⁰⁰. Esta falta de unanimidad en cuanto a su consideración puede extenderse a la situación reinante en el sistema jurídico español, pues tampoco la condición de subjetivos de estos derechos de la personalidad es pacífica en el ordenamiento español. El hecho de que resultara de aplicación el art. 1902 C.c (responsabilidad *aquiliana*), que ante una lesión reputa la existencia de un daño cuya reparación es exigible sin que sea necesario previamente el reconocimiento del derecho protegido o bien jurídico, ha resultado problemático. La regulación sobre la materia, o mejor dicho, la ausencia de regulación legal en estos términos ha supuesto un amplio debate doctrinal en torno a cuáles son los bienes de la personalidad que son susceptibles de tutela jurídica, la forma y alcance de dicho amparo e incluso los poderes o facultades que sobre ellos tiene la persona titular²⁰¹. En particular, en el Derecho español su consideración como derechos subjetivos se cuestiona por varias razones: 1) la dificultad que supone la determinación del objeto de estos derechos; 2) la cuestión de si de las normas penales pueden derivarse derechos subjetivos de naturaleza privada,

¹⁹⁹ Vide, J. Rubellin-Devichi, “Jurisprudence française en matière de Droit civil: A. Personnes et droits de famille”, *Rev. trim. dr. civ.*, n. 87, vol. 4, enero.marzo 1988, pp. 79-103.

²⁰⁰ Vid., P. Kayser, *La protección de la vie privée*, 2ª ed., Paris, 1990, p. 80.

²⁰¹ Sobre todas estas cuestiones véase, F. de Castro y Bravo, *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, p.10.

toda vez que es precisamente en este ámbito, en el penal y no en el del Derecho privado, donde se sancionan en el ordenamiento español los delitos contra los bienes que se entiende objeto de estos derechos de la personalidad. Aunque actualmente la polémica conceptual sigue vigente, por la doctrina mayoritaria se ha optado por un cambio de denominaciones para solucionar, al menos en la práctica, estos problemas. De esta forma, la mayoría utiliza la denominación derechos de la personalidad cuando la protección jurisdiccional reglamentada para los bienes de la personalidad no requiere un expresa y previa referencia legal al derecho que se pretende proteger, o cuando existiendo un amplio catálogo de derechos –de bienes protegidos- en el ordenamiento jurídico, dicho catálogo no es *numerus clausus* (esto es, no se entiende estrictamente cerrado).

En síntesis, la cuestión de la caracterización o no de subjetivos de estos derechos es admitida sin reservas por algunos, fundamentándose en las facultades que la Ley confiere a la persona protegida, dirigidas a prevenir –evitar- o acabar con la violación o lesión del mismo²⁰². No obstante, se precisa la necesidad de superar esta figura a la hora de referirse a estos derechos, basándose en las restricciones que la Ley establece a los actos de disposición sobre éstos. Esto es, su reconocimiento como mínimo de derechos subjetivos pero abriendo la posibilidad a la admisión de otra figura que fuera más adecuada, más compleja y completa, que proteja de forma efectiva a su titular, que le permita su ejercicio de manera efectiva pero sin permitir su renuncia -e incluso que se le exija-²⁰³. Por otro lado, se niega este carácter respecto de algunos bienes de la

²⁰² Frente a aquellos autores que niegan el carácter de subjetivos alegando que la protección que el ordenamiento otorga a estos intereses se sintetiza en la indemnización del daño. Ahora bien, el honor o por la intimidad (o imagen) no está únicamente tutelado en el Derecho español por sanciones penales (o en su caso administrativas) impuestas en caso de su lesión, ni sólo a través de la responsabilidad civil extracontractual, sino que también la ley otorga a su titular ciertas facultades –de naturaleza instrumental- con el fin de prevenir, paliar, cesar o repeler los posibles atentados, como son las medidas previstas en el art. 9 LO 1/82 y el derecho de rectificación (regulado por la LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Rectificación).

²⁰³ En este sentido, véase, L. H. Clavería Gonsábez, Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la LO 1/82, de 5 de mayo”, *ADC*, 1983-2, IV, pp. 1243-1261, en esp. p. 1243; *id.*, “Negocios jurídicos...”, *loc. cit.*, pp. 31 y ss.; “Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad”; *id.*, “Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad”, *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*,

personalidad al coincidir en la misma persona la condición de sujeto y objeto del derecho –lo que no encaja el esquema normal del derecho subjetivo-. Según esta postura la protección de la esfera de la personalidad debe utilizar, como núcleo central, el bien jurídico (esto es, los bienes o atributos de la personalidad). En este sentido, sobre los bienes de la personalidad se ejercen simples facultades que se derivan de la propia idea o concepto de personalidad. Si estos bienes son los “menos esenciales” de la persona (es el caso de la imagen o del nombre) las facultades que le corresponden pueden llegar a tener cierto grado de independencia, hasta adquirir algunas características propias de los derechos subjetivos²⁰⁴. Siguiendo esta línea se ha llegado a afirmar que la figura del derecho subjetivo únicamente podría venir referida como mecanismo de protección y justificación de los derechos sociales e individuales²⁰⁵, si bien, sería considerado como un derecho subjetivo dotado de caracteres particulares²⁰⁶. Respecto del sujeto titular de aquellos, éste no tendría un auténtico derecho –*ius dominatum*-, pues no posee un poder dispositivo sobre aquellos. Todo ello permitiría concluir que la denominación derechos es inapropiada, y que esta terminología única y fundamente debe entenderse referida a la exigencia de protección y, en su caso, de indemnización ante su lesión²⁰⁷.

4. La privacidad en la Red

43. Atendiendo al cada vez más presente mundo virtual en los atentados contra la privacidad -en términos generales-²⁰⁸, como consecuencia directa de las técnicas de

Salamanca, 1984, pp. 101-116, en particular pp. 101 y ss.

²⁰⁴ Cf. F de Castro y Bravo, “Los llamados derechos de la personalidad”, *ADC*, Tomo. XII, Fascículo IV, 1959, pp. 1237- 1275, en esp. p. 1260. En esta misma línea, *vide*, J. Díez Díaz, “Derechos de la personalidad...”, *loc. cit.*, pp. 858 y ss.

²⁰⁵ Véase, M. Eslava Rodríguez, *La protección civil...*, *ob. cit.*, p. 59 en nota 120, cuando citando a los trabajos de F. de Castro y Bravo se refiere la clasificación de los derechos de la personalidad según su objeto en: esenciales, sociales e individuales y corporales y psíquicos. Se incluyen dentro de los bienes sociales e individuales el honor y la fama, la intimidad personal, la imagen, condición de autor y nombre.

²⁰⁶ *Vid.*, G. Rogel Vide, *ob. cit.*, pp. 26 y ss.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 42.

²⁰⁸ *Vid.*, S. D. Balz y O. Hance, “Privacy and the Internet: Intrusion, Surveillance and Personal Data”, *International Review of Law, Computers and technology*, 1996, vol. 10, nº 2, pp. 219-234; y D. Banisar, y S. Davies: “Global Trends in Privacy Protection: An International Survey of Privacy, Data Protection, and Surveillance Law and Developments”, *John Marshall J. of Comp. & Info. Law*, vol.

captación de imágenes²⁰⁹ (fotografías, video o cine), de grabación de conversaciones personales y de reproducción y transmisión de datos de carácter personal a través de los sistemas informáticos, se haya llegado a plantear si sería posible dar una noción de privacidad propia para las actuaciones desarrolladas en la red²¹⁰. Pues esto puede incidir significativamente en el contenido de estos derechos y, en consecuencia, en la posible calificación o no como ilícitas de ciertas actuaciones transfronterizas desarrolladas en Internet. En particular, mención específica merece al respecto las actividades desarrolladas a través de los servicios ofrecidos por las redes sociales por los propios usuarios vertiendo datos especialmente sensibles de manera voluntaria y cuya utilización in consentida o ilimitada podría atentar con su privacidad (lo que las convierte en potenciales fuentes de ilícitos contra los derechos de la personalidad).

A) Noción de privacidad

44. La utilización del medio virtual para difundir o publicar información -lo que puede resultar potencialmente lesivo para los derechos de la personalidad,- podría condicionar el resultado de los posibles litigios²¹¹. Esta afirmación podría sustentarse en que el concepto de privacidad o esfera privada que se “maneja” en la red es particular, pues se condiciona por el contexto en el se difunde el material presuntamente lesivo. Los factores a tener en consideración cuando lo que se pretende tutelar es la privacidad frente a informaciones publicadas en Internet, son distintos de aquellos que hay que considerar si el medio de difusión es cualquier otro. En primer lugar, es posible que haya mediado consentimiento –aunque sea limitado- por parte del titular del derecho para disponer de esos contenidos. En muchas ocasiones la mayoría de la información personal, cuyo uso indebido va generar el ilícito, ha sido previamente volcada por el propio sujeto en distintas aplicaciones o herramientas *online*. En estos supuestos se

XVIII, nº 1, 1999, pp. 1-111.

²⁰⁹ Vid. J. Blackman, “Omniveillance, Google, Privacy in Public, and the Right to Your Digital Identity: A Tort for Recording and Disseminating an Individual's Image over the Internet”, *Santa Clara L. Rev.*, Vol. 49, 2009, pp. 313-392.

²¹⁰ Vid. A. Cavoukian y D. Tapscott: *Who knows: Safeguarding your privacy in a Networked World*, New York, 1996.

²¹¹ Vid., C. Waelde y L. Edwards, “Defamation and the Internet: a Case Study of Anomalies and Difficulties in the Information Age”, *Int. Rev. L., Computers and technology*, 1996, vol. 10, nº 2 , pp 263-294.

plantean varios interrogantes muy significativos para la resolución del posible litigio. Por ejemplo, en relación con los datos o informaciones de carácter personal que son publicados o usados para fines no queridos (en definitiva, no autorizados) o que se difunden más allá del ámbito delimitado por el titular. En concreto, se cuestiona si esta información, que por su naturaleza forma parte de la esfera íntima de la persona, pero que ha sido voluntariamente expuesta –si bien de forma limitada- dejaría de formar parte de la privacidad del sujeto por esa puesta a disposición voluntaria (por sus propios actos) dejando así expedita la libertad de expresión en la red sobre estos materiales.

El volcado de material privado se ve particularmente favorecido en las denominadas redes sociales (*Social Networking Sites*, en adelante *SNS*). Si bien, en estos sitios *web* los usuarios no pierden o renuncian necesariamente a su privacidad por el hecho de utilizar esta plataforma para contar sus intimidades en la red. El usuario suele limitar el acceso a esta información a un grupo restringido de personas, lo que les genera la confianza y la ficción de que se lo están contando a sus amigos, en exclusividad, y no que lo lanzan libremente a la red. En consecuencia, en el momento en que cualquier persona extraña a ese círculo de amistad previamente diseñado por el usuario -utilizando las distintas herramientas disponibles en la *SNS*- accede a esa información o cuelga/vuelca información personal sobre ellos, debería considerarse como una lesión al derecho de la personalidad de que se trate (honor, intimidad o propia imagen).

45. Aunque en la red pueda manejarse un concepto o noción de privacidad distinto, propio de este ámbito, no puede negarse su existencia y por lo tanto la posibilidad de su lesión. En este sentido se ha referido la posibilidad de utilizar la noción de “privacidad contextual”²¹², muy ligada al contexto en el que se publica la

²¹² El primero que utilizó esta noción fue H. Nissebaum, “Privacy as Contextual Integrity”, *Wash. L. R.*, núm. 79, issue 1, 2004, pp. 119-157, con ello pretendía establecer que la concreción del concepto privacidad -y, consecuentemente su alcance y protección- en cualquier tipo de comunicación –no exclusivamente para aquellas realizadas en el medio virtual- requiere necesariamente tener en consideración el contexto en el que se realiza tal comunicación. Esta idea es retomada en particular para el ámbito de las redes sociales *online* por G. Hull, H. Richter Lipford y C. Latulipe, “Contextual Gaps: privacy Issues on Facebook”, *Ethics Inf. Tech.*, 29 Abril 2010, <http://www.springerlink.com/content/072730305020wm26/fulltext.pdf>.

información íntima por el propio sujeto. El usuario de los servicios de Internet quiere expresarse, comunicarse libremente, diseñando su propia identidad en esta plataforma ante una audiencia que él mismo elige y, en consecuencia, poder comportarse y mostrarse de forma distinta de lo que lo haría en otros contextos, con lo que para ellos ese ámbito forma parte de su círculo privado. Lo que ocurre en el contexto virtual es lo mismo que ocurre en el mundo real, las personas diferencian distintos ámbitos donde se comportan de distinta manera. El problema que aquí se plantea es cómo puede protegerse de forma efectiva esa “privacidad contextualizada” en la red, ya que al volcarse la información en un medio global el tratamiento de esta cuestión potencialmente puede estar sujeta a muy diversos ordenamientos jurídicos, muy dispares en cuanto a su protección. Resulta muy significativo, para poder entender el alcance del problema, tomar como referencia la perspectiva de la cuestión desde el sistema norteamericano. Haciendo un análisis simplificado, una vez que el usuario ha revelado voluntariamente el contenido o se muestra en sitios públicos, esa información o imagen pasaría a ser pública. En consecuencia, como los servicios *online* actuales facilitan el acceso y la difusión global de los datos e imagen de los sujetos, se potencia exponencialmente los riesgos a los daños de la personalidad sin consecuencias si es que resulta de aplicación el Derecho de EEUU y su sistema de “protección”. Por lo que hay autores que reclaman un cambio de postura de los tribunales norteamericanos para una protección efectiva de la privacidad en la Red.

46. En este sentido, la privacidad que debe garantizarse en Internet obedece al propio comportamiento de los individuos, pues la esfera privada la define el sujeto de forma explícita o implícita en función de la difusión que dé de su información personal. La forma en la que se difunde y los límites establecidos para su difusión -esto es, el contexto en el que se hace-, condiciona su alcance. Ahora bien, los descubrimientos y relevaciones sobre su vida privada en un determinado contexto no legitiman la difusión de esa información a otros sujetos. En particular, en lo que se refiere a las imágenes colgadas por el titular, aunque fueran tomadas en espacios públicos, tampoco podrían reproducirse salvo que tuvieran carácter “noticiable” (para que dicha reproducción estuviera amparada por la libertad de información). Pero parece lógico pensar que, en principio, las fotos que se comparte entre los usuarios en la red tienen un interés puramente personal para los implicados o con algún tipo de conexión entre ellos. Por lo tanto, salvo excepciones muy contadas, las imágenes que circulan por las redes sociales

carecen de valor “noticiable” o de interés público, lo que debería determinar la protección preferente de este derecho personal frente a la libertad de información o de prensa.

Entonces, esta privacidad -en su caso “autodiseñada” por el sujeto en la red-, debería ser protegida de la misma forma que si se lesionan sus derechos utilizando cualquier otro medio. Y deberían poder ejercitar los mecanismos de protección previstos por la ley aplicable frente a cualquier atentado contra su personalidad, contra aquellos que sin su consentimiento difunden sus intimidades o imágenes por la red. La falta de consentimiento podría ser probada con bastante facilidad por ejemplo por los usuarios de una SNS, cuando hubieran hecho uso de las herramientas ofrecidas por la red social para excluir el conocimiento de cierta información a ciertas personas (o en sentido contrario, cuando era solo accesible para ciertos sujetos). Lo que evidenciaría que si hubiera querido difundir o publicar sin restricciones esa información personal lo hubiera hecho. En cualquier caso, cuando la lesión de estos derechos se realiza con la mediación de una SNS, el problema de localización del infractor se mitiga -a diferencia de otros supuestos de lesión en servicios abiertos de Internet-, puesto que los datos del usuario presuntamente infractor son reales. No obstante, se mantienen -como en todo litigio-, los posibles problemas de localización del infractor y de solvencia. Pero en este tipo de litigios el mero ejercicio de la acción por la víctima conlleva un incremento del daño, pues aumenta la difusión de la información que el titular quería mantener fuera del conocimiento público. En consecuencia, la medidas que el Derecho aplicable prevea para reparar estas lesiones podrían nunca resultar adecuados para cumplir su función, pues los daños podrían ser irreparables y, por tanto, imposible de cuantificar.

47. En definitiva, la noción de privacidad que se esté manejando es esencial, pues va a condicionar no solo la propia existencia del ilícito sino también el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios *online* e intermediarios -en su caso-. Particularmente interesante resulta esta cuestión en el Derecho norteamericano. En el sistema de EEUU esta noción entronca con la libertad que el sistema reconoce a los individuos para decidir, en primera instancia, sobre la información personal que se publica en la red, pero que una vez publicada (colgada) pierde el derecho a controlar su difusión. Esto es, se entiende que con la libre comunicación por el titular de la información íntima se pierde toda expectativa de privacidad sobre aquella, reservándose

en su caso la posibilidad de controlar el uso lucrativo que pueda hacerse de ello. En consecuencia, la carga de la protección privacidad recae en manos del usuario, pues su ámbito de tutela dependerá de su propia actuación. Lo que en principio es lógico, aunque si el volcado de información es conscientemente restringido a ciertos usos y por ciertas personas, cualquier exceso de ese consentimiento limitado debería ser reclamable.

B) Posibles atentados a la privacidad en las redes sociales

48. El uso cada vez más generalizado de las redes sociales *online* supone nuevos retos para el Derecho internacional privado en sus tres elementos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento de decisiones²¹³. El diseño de este tipo de servicios de Internet permite que desde el Estado de su establecimiento la red social pueda ofrecer sus servicios de manera global a usuarios que se encuentren en cualquier parte del mundo²¹⁴. Esta situación supone que potencialmente se puedan ver afectados intereses y derechos de terceros en cualquier parte del mundo en el desarrollo de estas actividades. Ante la eventual responsabilidad que pudiera generarse en el desarrollo de estas actividades en la red el perjudicado va plantearse cuestiones tales como la concreción del tribunal competente para conocer de su acción, la localización del Derecho aplicable a dicha responsabilidad e incluso de reconocimiento de medidas judiciales –en especial en lo que respecta al alcance de las acciones de cesación-. Para despejar todas estas cuestiones es necesario delimitar qué tipo de responsabilidad es la que se reclama, y esta cuestión puede no resultar sencilla cuando se trata de actividades en las que está involucrada una red social *online*. Las responsabilidades pueden ser de carácter contractual o extracontractual según los casos, y esto dependerá fundamentalmente de los sujetos implicados. En este sentido es necesario que se identifiquen las posibles relaciones que en el ámbito de la red social puede generarse.

Cuando el soporte utilizado para cometer una violación o perjuicio a un derecho

²¹³ Vid. D. M. Boyd y N. B. Ellison, “Social Network Sites: Definition, History and Scholarship”, disponible en <http://www.jcm.indiana.edu/vol13/issue1/boyd.ellison.html>.

²¹⁴ Derechos e intereses tanto de los usuarios como de terceras personas, en particular derechos de la personalidad y Derechos de Propiedad Intelectual.

de la personalidad es una red social, pueden distinguirse cuatro tipos de relaciones²¹⁵: tres de las que puede derivarse responsabilidad extracontractual, y una última que puede generar responsabilidad contractual. Así pues, debe diferenciarse entre la relación vertical que existe entre el prestador de servicios –la red social *online*- y sus usuarios, de las relaciones horizontales de los usuarios entre sí y, finalmente, de la posible incidencia de terceros -no usuarios- con usuarios y/o con el prestador de servicios *online*. Se comenzará con las relaciones de las que pueden derivarse responsabilidad extracontractual para, a continuación, centrarse pormenorizadamente en la posible responsabilidad contractual que puede derivarse para la red social en el ámbito de su prestación de servicios *online* por este tipo de daños.

49. Dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual se encuentran los daños causados por las actividades propias de los usuarios utilizando los servicios de la red social -entre sí o con terceras personas-. La casuística en estos casos puede ser muy variada, por lo que el análisis va a limitarse los supuestos más comunes. En principio, no debería haber problema a la hora de reconocer la existencia de responsabilidad por el daño causado por aquellos usuarios que hubieran accedido al contenido personal colgado cuando no estuvieran legitimados por el titular (ya que no iba dirigido a ellos), o por aquellos que, pudiendo acceder a la información, hicieran un uso indebido de la misma (por ejemplo, difundiéndola más allá del límite establecido por su titular). Pero aquí no se agotan los supuestos de responsabilidad extracontractual. Es posible que el perjudicado –la víctima- no sea usuario del servicio a través del cuál se ha cometido la lesión. En este caso ya no se está en relaciones entre usuarios sino con terceros, y la actuación de mediación del prestador de servicios –la red- es limitada, ya que no se trataría de reglamentar conductas entre usuarios de su servicio sino de un usuario con un tercero –lo que en principio se escapa a su control-. También aquí puede hacerse referencia a la posible responsabilidad del prestador de servicios de red social como consecuencia del tratamiento de datos personales de sus usuarios y de terceros. Cada uno de estos ámbitos diferenciados dentro de la responsabilidad extracontractual (responsabilidad por daños entre usuarios, responsabilidad entre usuario y tercero, y responsabilidad de la red frente a usuarios y terceros), suponen en la práctica

²¹⁵ Sobre la variedad de relaciones entre los actores en Internet y el contenido potencialmente lesivo, *vid.* G. J. H. Smith, *Internet Law...*, *ob. cit.*, pp. 174-175 (párr. 4-011 a 4-012).

potenciales soluciones distintas en función del ordenamiento jurídico nacional que se aplique. Por lo general, en la segunda categoría de supuestos de responsabilidad extracontractual, no debería existir problema en reconocer la existencia el daño –del que derivaría la responsabilidad-, por la falta de consentimiento en la exposición del material controvertido por el titular, con independencia del ordenamiento jurídico que finalmente resultara de aplicación. Además, difícilmente puede tutelarse ese comportamiento bajo la libertad de expresión o información, ya que salvo que el titular sea un personaje o figura pública, no puede apreciarse sin más el carácter “noticiable” de ese contenido.

Pero en este contexto -horizontal y extracontractual- caben muchos más supuestos. Por ejemplo, cuando se publica algún comentario o información de carácter personal por el usuario no facilitado previamente por el titular –usuario o no-, o incluso cuando haciendo una suplantación de la personalidad se vuelcan informaciones personales, perniciosas o lesivas de alguna manera. Dejando al margen la cuestión de la publicación de imágenes sin consentimiento ya que se tratará separadamente. En estos casos, en principio y salvo concurrencia de ciertos elementos subjetivos, sería evidente la falta de responsabilidad de la red social ya que actúa como mera intermediaria. Pero a este respecto pueden diferenciarse dos supuestos distintos. Si lo que se trata es propiamente de el volcado de información privada por el usuario, difícilmente el prestador de servicios *online* e intermediario puede controlar si medió o no consentimiento del titular para dicho volcado, con lo que carecería de responsabilidad. En el contexto del servicio prestado, el uso lesivo de los datos privados o de la imagen de un sujeto sólo podría imputársele a quien los hizo públicos: a su titular o a un tercero. Cosa distinta es si se trata de comentarios o declaraciones injuriosas, perniciosas o difamantes. En este último supuesto, sí que cabría derivar responsabilidad extracontractual –subjetiva- del prestador de servicios si tuvo conocimiento efectivo y no cumplió con el estándar de diligencia en la retirada del material²¹⁶.

²¹⁶ Y en este sentido los prestadores de servicios se encargan de añadir los oportunos *Disclaimers*, que reconocen al usuario la propiedad de los contenidos que sube a la red, dejando claro que a él le compete recabar los permisos necesarios y que, consecuentemente, sólo él responde si no los tiene. Puede verse en las condiciones de uso de *Tuenti*, y la Declaración de Derechos y Responsabilidades de *Facebook* (reproducidas íntegramente en A. Soler Presas, *loc. cit.*, nota a pie nº 19).

50. En consecuencia, la red social como medio global que permite a sus usuarios -que pueden estar localizados en cualquier país del mundo- la difusión de contenidos o informaciones potencialmente lesivas -que pueden ser, en principio, descargados en cualquier país- supone que potencialmente pueden afectarse intereses de una pluralidad de sujetos localizados en cualquier parte del mundo. De lo anterior resulta que puede traducirse en la potencial aplicación de una pluralidad de ordenamientos jurídicos -lo que se determinará por la norma de conflicto aplicable en cada caso concreto en función del carácter extracontractual de estas relaciones-. Por último, cabría apreciar responsabilidad contractual por parte de la red social cuando la lesión del derecho de la personalidad de un usuario fue consecuencia del mal funcionamiento de los servicios prestados. Pero además, es necesario tener en consideración que existe normativa comunitaria -de obligada aplicación cuando afecta al mercado interior- que necesariamente van a aparecer cuando estos servicios se prestan dentro de la UE. En este sentido, resulta de especial importancia la normativa de protección de los consumidores -para el caso de que se considere que se trata de contratos de consumo²¹⁷- y de protección de datos personales. Si bien habrá que determinar si su aplicación puede ser efectiva cuando se trata de actividades de redes sociales que se encuentran localizadas en terceros países, en particular en EEUU²¹⁸.

²¹⁷ Se trata típicamente de contratos de “adhesión”. Al menos en lo que respecta a las políticas de privacidad. Ya que “el consentimiento se desvanece en el fondo debido a las distorsiones del comportamiento del mercado y la intensa presión social por mantener la conexión y la visibilidad en la red” (Cf. B. Holand, “Privacy Paradox 2.0 Symposium: Internet Expression in the 21st Century: Where Technology & Law Collide”, *Wieder L.J.*, Vol. 19, Issue 3, 2010, pp. 893-932, en esp. p. 910). También a esa conclusión llega, tras partir de la doble posible aproximación: contrato de prestación de servicios o el usuario como proveedor de contenidos de Miguel Asensio, concluyendo definitivamente que su carácter es de contrato de prestación de servicios, pero concretando aun más, pues no solo tiene esa condición sino que le confiere el calificativo de contrato de consumo (lo que condiciona de manera relevante el Derecho aplicable). *Vid.* P. A. de Miguel Asensio “Social Networking Sites: An Overview of Applicable Law Issues”, *AIDA*, vol. XX, 2011, pp. 3-38, en esp. pp. 11-14. Esta es precisamente la calificación que se recoge en la respuesta que se le dio por la organización *Privacy International* a la Comisión europea sobre su consulta a cerca del desarrollo del Derecho comunitario en la protección de datos en Internet (*vid.* “*Response to the european commission’s communication on the ‘comprehensive approach on personal data protection in the european union’*”, presentada en enero de 2011), http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0006/contributions/organisations/pi_en.pdf

²¹⁸ Como es el caso de *Facebook*, la más popular de las redes sociales en este momento.

5. Relación con otros derechos fundamentales: límites

A) Libertad de expresión e información

51. El carácter limitado de los derechos de la personalidad, aunque fundamentales, exige que su tutela deba garantizarse de manera conciliadora con otros derechos de igual condición con los que puedan colisionar -como son la libertad de expresión e información-, más aun ante el desarrollo y avance de la tecnología en los medios de difusión y de información²¹⁹-. Ya sea de forma expresa o de manera implícita la interrelación de estos derechos viene prevista en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales como límites. En España, en la CE los conflictos entre la intimidad, la propia imagen y el honor y la libertad de expresión y/o el derecho -deber- de información veraz²²⁰, se regulan estableciéndose aquellos derechos como límites expresos a estas libertades (art. 20.4 CE)²²¹; así mismo, prevé la necesidad de limitar el uso de la informática para la garantía y eficacia de estos derechos²²². En este sentido, el público tiene derecho a una información verdadera con la garantía de los poderes públicos, lo que se traduce en la adopción de los medios necesarios para que la sociedad pueda informarse por sí misma y sea defendida de toda agresión a sus miembros²²³.

²¹⁹ Aunque en este sentido la privacidad por lo general se identifica dentro del ámbito de tratamiento de datos personales, aspecto que viene regulado por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

²²⁰ La libertad de expresión y la libertad de información veraz consagrados constitucionalmente en el art. 20. 1 apartados a) y d), respectivamente, no son lo mismo, no obstante el art. 19 de la DUDH establece que la libertad de información está incluida en la de expresión -y opinión-. Vid. F. Bastida/ I. Villaverde, *Libertades de Expresión e información y Medios de Comunicación. Portuario de jurisdicción constitucional*, 1981-1999, Navarra, 1998.

²²¹ Un tratamiento muy similar, esto es, la consideración de los derechos de la esfera personal como límites a las libertades de expresión e información, puede verse en los textos constitucionales o leyes fundamentales de los países del entorno. Como ejemplo de su regulación como límites expresos a la libertad de información/expresión, puede referirse el art. 5º Constitución Alemana 1949 (ya referido); y como límites diferidos de forma implícita, el art. 13 de la Ley Constitucional austriaca sobre la protección de la libertad personal de 1988 ("todos tendrán derecho de expresar su pensamiento pero dentro de los límites legales"), o el art. 37º Constitución portuguesa.

²²² En concreto, del honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el legítimo ejercicio de sus derechos (art. 18.4 CE).

²²³ Defenderla de monopolios de la información, de todo falseamiento de la verdad y de toda presión sobre la opinión pública.

Únicamente con estas garantías y con el respeto de los profesionales de la información a un código moral, podrá la información desarrollar el importante papel que le corresponde y que justifica su reconocimiento y tutela. El problema surge cuando el derecho a la información entra en conflicto con otros derechos que le limitan, entre ellos los relacionados con la vida privada. Esta situación, lejos de ser ocasional, se produce con relativa frecuencia y con una total incertidumbre respecto a su solución jurídica, que se vuelve compleja ante la difícil precisión de los límites de uno y otro derecho. Es más, ésta se ve agravada por la evolución del contenido de ambos y por la necesidad de revisar las interpretaciones de los preceptos que tradicionalmente se vienen utilizando en estos conflictos²²⁴.

52. Los derechos relacionados con la personalidad típicamente entran en conflicto con las libertades fundamentales de expresión e información²²⁵, en particular cuando se trata de actividades desarrolladas por los medios de comunicación –pero no sólo por profesionales del medio sino también por particulares, especialmente a través de Internet-²²⁶. Cuando el sujeto titular de los derechos de la personalidad es un personaje público, en cierta forma conocido, o las funciones que desarrolla tienen algún interés público, o su comportamiento despierta un interés legítimo para la sociedad por distintas razones, etc., generalmente los comentarios que puedan realizarse al respecto por terceros estarían protegidos por la libertad de expresión o información. De esta manera, las libertades de expresión e información suponen verdaderos límites para los

²²⁴ Vid. I. Berdugo Gómez de la Torre, *Honor y libertad de expresión*, Madrid, 1987, p. 13.

²²⁵ Aquí se referirá a las manifestaciones típicas de las libertades de expresión e información, sin olvidar que existen otras manifestaciones tales como la publicidad. Es posible que en el desarrollo de la actividad publicitaria puedan verse afectados directamente los derechos constitucionales al honor, la intimidad y la imagen de las personas. En este ámbito, la propia Ley General de la Publicidad española, establece en su artículo 3 como primer supuesto de publicidad ilícita, aquella actividad publicitaria que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución –especialmente los recogidos en los artículos 18 y 20.4 CE, con específica mención a la protección de la mujer. Entre otros, véase P. de Miguel Asensio, *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, Madrid, 2005, pp. 113-125 (en particular, pp. 121-125), donde pone de relieve que es posible que alguna de estas intromisiones, no permitidas, constituyan “modalidades típicas” de publicidad ilícita, si por ejemplo supone descrédito, denigración o menosprecio de una persona o empresa (sobre la base del art. 6 LGP).

²²⁶ Y es precisamente en este contexto donde se producen la mayoría de los atentados a los derechos de la personalidad.

derechos relacionados con la personalidad –o, mejor dicho, los derechos de la personalidad imponen ciertos límites a estas libertades en su ejercicio-.

El alcance de la tutela de uno y otro tipo de derechos va a depender de la Ley rectora del derecho presuntamente lesionado, lo que va a determinar quién es el titular del mismo y cuál es su contenido-alcance y, en consecuencia, cómo debe interrelacionarse con otros derechos con los que puede entrar en colisión. El tratamiento de esta cuestión -cómo se interrelacionan los derechos de la personalidad con las libertades de información y expresión- difiere en gran medida en los sistemas jurídicos nacionales²²⁷, incluso entre los Derechos nacionales de los Estados miembros de la UE²²⁸. Dentro de la UE el régimen regulador de los derechos vinculados a la vida privada, por un lado, y de la libertad de expresión y de información, de otro, varía sustancialmente entre los ordenamientos de los Estados miembros²²⁹, ya que no existe un mínimo estándar común suficiente en el territorio comunitario que permita hablar de una mínima armonización de resultados en este tipo de litigios -a pesar de los instrumentos internacionales comunes- Así mismo, ha de tenerse en consideración que los Derechos nacionales de los distintos Estados miembros no son unánimes en cuanto a

²²⁷ Más allá del estándar mínimo común establecido por el CEDH (derecho a la intimidad art. 8 y libertad de expresión art. 10), que a todas luces es insuficiente para poder hablar de una uniformización de la cuestión a nivel europeo. *Vide*, T. Thiede y Colm P. McGrath, “Mass Media, Personality Rights and European Conflict of Laws”, 27 de marzo de 2011 (disponible en <http://ssrn.com/abstract=1964506>). Donde se pone de manifiesto los problemas que se generan dentro del contexto comunitario por la falta de unificación de la materia, más aun cuando el medio de difusión o publicación de la información lesiva es Internet. La diversidad de tratamiento nacional de los derechos vinculados a la personalidad y las libertades de expresión e información dentro de la UE, puede conducir a resultados muy dispares ante los mismos supuestos litigiosos en función del ordenamiento jurídico aplicable (lo que pone en evidencia la necesidad de una reforma de iniciativa comunitaria).

²²⁸ El tratamiento material de estas dos categorías de derechos fundamentales desde una perspectiva comparada se realiza en el Capítulo III, al ser esta una cuestión fundamental desde el punto de vista del posible recurso a orden público internacional por el foro para evitar la aplicación del Derecho material extranjero localizado por la norma de conflicto.

²²⁹ A pesar de que compartan la generalidad de Estados miembros una tradición Constitucional similar, y que entre ellos medien instrumentos internacionales esenciales en esta ámbito (CEDH y CDFUE). Pero esto, vistos los tan dispares resultados que en este tipo de litigios en la jurisprudencia nacional comparada se pueden obtener, parece que no es suficiente para hablar de un estándar mínimo sustantivo común entre los Estados miembros –que matizara la importancia del *forum*-.

la naturaleza civil y/o penal de los comportamientos lesivos de la vida privada²³⁰. A lo que ha de sumarse el hecho de que simplemente hay Estados que carecen de una normativa desarrollada en este ámbito. En consecuencia, el sustrato común derivado de la CDFUE y del CEDH no resulta suficiente para superar los problemas que surgen de esa divergencia sustantiva entre los sistemas nacionales europeos.

A los problemas de naturaleza material o sustantiva han de añadirse los conflictuales. La falta de armonización en cuanto a la norma de conflicto común en el territorio comunitario para concretar la Ley aplicable a los daños en los derechos de la personalidad, conduce –necesariamente– a que el tribunal que finalmente conozca de la demanda deba acudir a su correspondiente norma de conflicto autónoma. Esto supone que dentro de la UE coexisten para esta materia 27 normas de conflicto distintas, lo que unido al tratamiento sustantivo tan dispar entre los Estados en un sector tan sensible como éste, puede conducir a resultados muy diversos dentro del ámbito comunitario en función de dónde se elija litigar. De tal manera que la elección del lugar dónde litigar es una cuestión de suma importancia, pues puede determinar el sentido del fallo.

53. Los conflictos entre la libertad de expresión e información y los derechos al honor, la imagen y la intimidad es una cuestión que suscita problemas en todos los ordenamientos jurídicos nacionales²³¹-. Como regla general, se admite en casi todos los

²³⁰ Además de aquellos sistemas en los que la tutela de estos derechos puede realizarse ante la jurisdicción civil o penal, en este último caso cuando se trate de atentados graves que merezcan reproche penal. Como así ocurre en el ordenamiento español y así lo aplica la jurisprudencia nacional. *Vid.*, entre otras, Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3ª, Sentencia de 18 Oct. 2011, rec. 304/2011. Donde se condena por un delito contra la integridad moral (honor), al denunciado por crear una cuenta de correo «nick» con datos personales de la víctima que utilizaba en un chat de contenido sexual. A través de esa página web difundía datos personales de la víctima, más allá de los que pueden encontrarse fácilmente en cualquier consulta a través de una guía o base de datos –entre otras informaciones que se volcaron: la condición de soltera que vive sola, lugar de trabajo, domicilio y horarios–, todo ello sin su consentimiento.

²³¹ Por lo que han sido ampliamente abordados por la doctrina. Entre otros, pueden verse, X. O’Callaghan Muñoz, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 1991; P. Salvador Coderch, *El mercado de las ideas*, ob. cit.; S. Muñoz Machado, “Los límites constitucionales de la libertad de empresa” en *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, 2003, pp. 139-164.; M. Carrillo López, “La intimidad, las celebridades y el derecho a la información”; *La Ley*, Nº 6979, Secc. Doctrina, 1 julio. 2008, Año XXIX; *id.* *El derecho a no ser molestado (Información y vida privada)*, Navarra, 2003; S. J. Heyman, “Righting

ordenamientos el carácter de límite de estos derechos de la personalidad respecto de la libertad de expresión (e información)²³². Si bien, el tratamiento de estos límites es lo que difiere de un sistema a otro²³³. En el caso del Derecho español se reconoce como un límite sustantivo especial la tutela de la intimidad, el honor y la propia imagen sobre estas libertades. Incluso esta prevalencia –o accesoriedad de la protección de los derechos de la personalidad en función de la tutela o no de la información presuntamente lesiva- se puede observar en ciertas acciones judiciales que la generalidad de los ordenamientos nacionales prevén en caso de lesión de este tipo de derechos. Es el caso del derecho a pedir judicialmente la rectificación de la información lesiva cuando ésta no es cierta (generalmente se ejercita conjuntamente con la acción resarcitoria), por lo que en caso de que la información resulte verídica -y así lo pruebe el

the Balance: An Inquiry into the Foundations and Limits of Freedom of Expression”, *Boston Univ L Rev*, Vol. 78, No. 5, 1998, pp. 1275-1392; en particular en lo que se refiere a la constante colisión entre la libertad de expresión y la privacidad en Internet, D. J. Solove, *The Future of Reputation; Gossip, Rumor and Privacy on the Internet*, Yale University Press, 2007 (Parte II).

²³² Por lo que la tutela de los derechos de la personalidad se manifiesta en el momento de protegerlo frente atentados no justificados en el ejercicio de la libertad de expresión, lo que está tipificado de manera distinta según el ordenamiento nacional aplicable. Por ejemplo, el art. 7.I del Código civil ucraniano de 1963 -protección del honor, la dignidad y la reputación- reconoce el derecho de cualquier persona (física o jurídica) de solicitar tutela judicial para conseguir la rectificación cuando la información publicada no fuera verdadera o fuera publicada falsamente degradando su honor, dignidad o reputación, o cause daños a sus intereses salvo que la persona que difundió la información pruebe que es verdad (en relación con el art. 277 del Código civil de 2003 en vigor desde 1 de enero de 2004, que reglamenta a quién le corresponde esa rectificación y cómo debe hacerse). En los mismos términos, este precepto reconoce la posibilidad de solicitar, conjuntamente con el derecho de rectificación, una indemnización por los daños causados por la difusión de información no verdadera_y que dañara sus intereses, el honor, la dignidad o la reputación (...). En relación con el art. 32 de la Constitución de Ucrania de 28 de junio de 1996.

²³³ Diferencias en algunos casos insalvables como es el caso del Derecho inglés y el estadounidense, donde aun siendo sistemas del *common law*, el tratamiento de las libertades es totalmente antagónico cuando se ponen en relación con ciertos derechos de la personalidad, como es el caso del tratamiento de la *defamation*. Mientras que en el Derecho estadounidense la carga de la prueba corresponde al demandante en el Derecho inglés le corresponde al demandado probar que la afirmación realizada es verdadera. Unido esto al doble control que los tribunales ingleses realizan para la aplicación de un Derecho extranjero (la *doublé actionability* que en los casos de difamación va a suponer la aplicación de la ley inglesa), condiciona favorablemente la elección del foro inglés por el reclamante pues resulta mucho mas restrictivo en las libertades que cualquier otro país de su entorno –o del sistema *common law*-

emisor/publicador del material-, no se obtendría “resultado” judicial alguno por la víctima.

El problema reside en las numerosas combinaciones posibles que pueden producirse a la hora de relacionarse ambos derechos, de tal forma que no es viable establecer con carácter previo y definitivo el equilibrio que debe existir entre los mismos. Por ello, la labor de la jurisprudencia nacional en este aspecto es esencial²³⁴ -en caso de España fundamentalmente del TC- , y correlativamente la del TEDH en la interpretación de los arts. 8 y 10 CEDH (lo que va a condicionar la aplicación de estos por los Estado miembros)²³⁵. La doctrina establecida por el TC respecto de la relación y los límites recíprocos entre los derechos a la información y el honor se sintetiza y recapitula en la STC 105/1990, de 6 de junio²³⁶. De esta doctrina pueden extraerse tres puntos esenciales:

1) La necesidad de que el órgano judicial ordinario realice una ponderación entre los derechos en presencia en cada caso concreto según las circunstancias –con particular atención al comportamiento del informador-²³⁷. La labor de ponderación ha de realizarse teniendo en cuenta la posición preferente, que no jerárquica o absoluta²³⁸, que el derecho a la a la libertad de información (art. 20.1 d) CE), en su doble vertiente de libertad individual y de garantía institucional de una opinión libre e indisolublemente unida al

²³⁴ Para un estudio de la evolución de la jurisprudencia constitucional en este sentido, *vide*, J. M^a. Martínez de Pisón Cavero, *El derecho a la intimidad...*, *ob. cit.*, pp. 119 y ss.

²³⁵ *Vid.* I. Cameron: “Protocol 11 to the European Convention on Human Rights: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court?”, *Yearbook of European Law*, núm. 15 (1995), pp. 219-260.

²³⁶ BOE, 5.7.1990.

²³⁷ No debe estimar el juez ordinario que resulte en todo caso preponderante uno de los derechos sobre el otro, sino que según las circunstancias particulares deberá ponderar la actuación del informador, esto es, si se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido por la CE o si se ha extralimitado.

²³⁸ Por esta razón puede encontrarse jurisprudencia, tanto del TS como del TC, en la que se declara en un supuesto de conflicto entre ambos derechos la prevalencia del derecho al honor y la intimidad sobre el derecho de información y libertad de expresión, si bien, cuando de las circunstancias particulares del caso se demuestra que la actuación del agente no está tutelada por estas libertades, por ejemplo cuando existe *animus injuriando*. Para un análisis pormenorizado de sentencias del TS y TC que declaran dicha prevalencia de estos derechos personales en detrimento de estas libertades, véase V. Herce de la Prada, *El derecho a la propia imagen ...*, *ob. cit.*, pp. 194- 207.

pluralismo político –dentro de un Estado democrático–, tiene sobre los derechos de la personalidad, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública; esto es, que son de interés general por las materias sobre las que versa y/o por las personas que en ellas intervienen²³⁹.

2) Es competencia del TC revisar la adecuación de tal ponderación realizada por el juez ordinario, y para ello tiene en cuenta –y valora– los criterios utilizados por éste. El TC ha establecido unos criterios específicos a tales efectos: a) Distinción entre libertad de expresión, como emisión de juicios y opiniones, y libertad de información, en el sentido de publicación o divulgación de hechos²⁴⁰. El TC reconoce que la libertad de expresión tiene un ámbito de protección constitucional más amplio que el de información, ya que el fin de esta libertad es dar opinión sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos²⁴¹. Por lo tanto, el ámbito de acción tutelado del “opinante” solo viene delimitado por “la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas²⁴². No obstante, si lo que se persigue no es opinar si no dar información sobre hechos que se pretenden ciertos, lo que la CE tutela en este caso es la información veraz –requisito éste que excluye la antijuricidad de las intromisiones en el

²³⁹ Doctrina desarrollada por el TC en las Sentencias 20/1992, de 14 de febrero, disponible en *La Ley*, 1992.3, p. 35, 40/1992, de 30 de marzo, *La Ley*, 1992.3, p. 3; y seguida por el TS, Sentencia 5 de abril de 1994, *La Ley*, 1994.2, p. 638.

²⁴⁰ *Vide* en este sentido, STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4º. Esta misma distinción se realiza por los sistemas anglosajones (distinguiendo entre *facts* y *comments*), para delimitar el amparo de la libertad de expresión frente a los supuestos de difamación.

²⁴¹ El máximo nivel de tutela constitucional en el Derecho español para la libertad de información se profesa cuando ésta es ejercitada por profesionales a través de la prensa –por considerársele como el vehículo institucionalizado de formación de opinión pública–. En este sentido, la eficacia de las libertades del art. 20.1 CE trasciende más allá de la común y propia de los demás derechos fundamentales (STC 107/1988 de 8 de junio, FJ 2º), lo que obliga a los órganos judiciales a realizar un juicio ponderativo con el objeto de establecer si la conducta lesiva se justifica por el valor preponderante de la libertad de expresión –de cuyo ejercicio se ha inferido la conculcación– atendiendo para ello a las circunstancias del caso en concreto.

²⁴² *Vide*, STC 112/2000, 5 mayo, FJ 6º, STC 112/2000, 5 mayo, FJ 6º, y la STC 76/1995, de 11 de diciembre, FJ 3º. En particular, por el TC se reconoce que este campo de actuación se amplía cuando la libertad de expresión se inserta dentro del ámbito de la libertad ideológica (art. 16 CE), STC 105/1990, FJ 4º.

honor o intimidad de las personas²⁴³. Este requisito de veracidad no es exigible cuando se trata de valoraciones personales o subjetivas²⁴⁴.

B) Tratamiento en el marco del CEDH y doctrina del TEDH

54. En el ordenamiento español –al igual que en el resto de sistemas pertenecientes al CEDH²⁴⁵– el ámbito de protección constitucional de los derechos del art. 20 CE en relación con los derechos de la personalidad va a estar condicionado por los sujetos a los que afecta la información, pues es el criterio de notoriedad del sujeto el seguido por el TEDH para marcar el equilibrio entre estos derechos²⁴⁶. La protección de

²⁴³ En relación con este requisito de veracidad el TC en la Sentencia 6/1988, de 21 de enero, recoge en España la doctrina que al respecto estableció previamente el TS de Estados Unidos en el asunto *New York v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Un análisis pormenorizado de esta doctrina puede verse en S. Coderch, *El mercado de las ideas*, ob. cit., pp. 82-92. En particular, el TC recuerda que no es exigible que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos, sino que lo que se impone es un especial deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la información, de manera que si la información es rectamente obtenida y difundida es digna de protección, aunque no sea totalmente exacta o incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado. En este mismo sentido, véase STC 171/1990, 12 noviembre (FJ. 4º), AC 15/91.

²⁴⁴ Si en la práctica no puede diferenciarse en la emisión (o texto escrito, o cualesquiera sea el soporte utilizado para la difusión) los elementos informativos de los meramente valorativos habrá que estar al elemento predominante.

²⁴⁵ Por ejemplo, en lo que respecta a la incidencia en el ordenamiento jurídico alemán del tratamiento de esta cuestión desde su incorporación al CEDH y, en particular, de la influencia en la jurisprudencia nacional de las decisiones del TEDH, véase C. Coors, “Headwind from Europe: The New Position of the German Courts on Personality Rights after the Judgment of the European Court of Human Rights”, *Ger. L. J.*, vol. 11, nº 5, 2010, pp. 527-538. Este análisis jurisprudencial de la materia lo hace desde una perspectiva comparada con el sistema estadounidense, en lo que respecta a la tutela de la libertad de expresión en particular en el contexto virtual y el respeto a los derechos de la personalidad en este medio. Que si bien ya venía reglamentado desde hace tiempo –la Section 8 del *German Press Code* de 1973, establecía expresamente que la prensa debe respetar la vida privada y la esfera íntima de las personas (http://ethicnet.uta.fi/germany/german_press_code)–, parece que la prensa en el pasado se ha olvidado de esta obligación y la jurisprudencia hasta ese momento se manifestaba especialmente laxa ante esta obligación “ética”.

²⁴⁶ Para reglamentar el equilibrio entre la protección de la vida privada y de la libertad de información el TEDH ha sentado su doctrina, en sus orígenes, en atención a un criterio fundamental: la notoriedad del sujeto cuya protección de la privacidad se predica. El caso *Douglas and others v. Hello! Ltd*, ya referido, es relevante en este sentido ya que el TEDH analiza y resuelve sobre estos derechos en

la libertad de información se reduce si ésta no se refiere a personajes públicos²⁴⁷ - personalidades de relevancia pública, por su cargo o posición, que permiten hablar de interés público²⁴⁸, lo que garantiza la máxima eficacia en el ejercicio de estos derechos de expresión e información²⁴⁹-, siendo la eficacia de su protección constitucional más débil cuando la información versa sobre conductas particulares carentes de interés público.

En una primera aproximación puede parecer que la distinción entre esfera de la vida pública y esfera de la vida privada puede servir como límite a la libertad de información, pero el establecimiento del límite a este derecho no es tan sencillo –como puede derivarse de la doctrina del TEDH²⁵⁰-. Si el hecho del que se informa pertenece a

constante colisión (artículos 8 y 10 del CEDH) utilizando para ello el criterio de notoriedad. Con independencia de que en este asunto lo privado o lo íntimo fue tratado como una mercancía (*as a commodity*) por sus titulares, se trata de un supuesto en el que concurre el interés público para permitir la publicación prevaleciendo sobre ese derecho personal a la vida privada, aun dándose los tres elementos fundamentales de la confidencialidad. Para H. Fenwick, se estaría ante un nuevo modelo de *confidence*, en el que debe interpretarse necesariamente el art. 8 CEDH junto con el art. 12 *Human Rights Act* (*Freedom of expression*) de forma que se provee de un principio procedimental que permita resolver particularmente los supuestos de conflicto entre las demandas de privacidad y la libertad de prensa, eliminando parte de las incertidumbres inherentes a esta acción. *Vid. H. Fenwick, Civil Liberties..., ob. cit.*, p. 581.

²⁴⁷ Aquellos sujetos que al haber optado libremente por esta condición pública deben soportar un cierto riesgo de lesión de sus derechos de la personalidad.

²⁴⁸ Sobre el concepto de “interés público” numerosas son las sentencias del TS y TC que se han pronunciado al respecto. Por ejemplo, entre otras, STC 232/1993, Sala Segunda, de 12 de julio de 1993, donde se indica que: “Interés público no es “interés del público”, no existe un supuesto derecho al cotilleo que legitime las intromisiones ilícitas: “la relevancia comunitaria y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena (...) es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia”. Para un análisis de la doctrina jurisprudencial sobre el concepto de “interés público” *vide*, A. Fayós Gardó, “Los derechos a la intimidad...”, *loc. cit.*, pp. 11-12.

²⁴⁹ Por considerarse materias que contribuyen a la formación de una opinión pública libre, como garantía del pluralismo democrático

²⁵⁰ En el asunto *Princesa Carolina de Hannover v. Alemania*, STEDH de 24 de junio de 2004, nº 59320/00, (en adelante *asunto Hannover*), el TEDH -sobre la aplicabilidad del art. 8 CEDH- consideró lesionado el derecho a la vida privada de la princesa Carolina de Mónaco por la divulgación de fotos de escenas de su vida privada fuera de cualquier acto oficial, aunque algunas de ellas fueron tomadas en espacios públicos. Para ello el TEDH argumentó que la protección del derecho a la intimidad se extiende

la vida privada esto va a determinar el marco en el que se ha de valorar la presencia o no de un interés público y, además, condiciona la presencia en el conflicto del derecho a la intimidad, pero no su solución. Y esto es así porque en el conocimiento de hechos referidos a la vida privada de una persona puede concurrir un interés público relevante que determine la preponderancia de la libertad de expresión –sobre la intimidad y/o el honor-. En *sensu contrario*, puede deducirse que informar sobre un hecho de la vida pública de una persona que sea objetivamente cierto no lesiona ni al honor ni a la intimidad. Por lo tanto, lo determinante es delimitar el alcance de la esfera pública de cada persona. Ahora bien, no siempre resultará simple tal operación pues pueden incidir varios condicionantes -en particular, en el Derecho español su límite estará establecido en buena medida por la actuación de cada individuo²⁵¹-. Entre otras circunstancias la extensión de la esfera privada puede depender de cuestiones tales como la categoría social de la persona -algunas clases conceden mayor alcance al contenido de lo “privado” que otras-, el modo de ser, la notoriedad y el consentimiento del titular.

55. El TEDH para poder delimitar esa esfera de lo íntimo -que es intocable- cuando el personaje sea público o con algún interés público, establece una distinción fundamental. Por un lado, los reportajes que relatan hechos -incluso cuando aquellos sean controvertidos- se entenderán que contribuyen al debate en una sociedad democrática cuando se refieran a personalidades públicas (por ejemplo en el ejercicio de sus funciones oficiales). Y por otro, aquellos que versan sobre los detalles de la vida privada de una persona, por muy pública que ésta sea, no resultarán tutelados ya que con este segundo tipo de reportajes no se cumple con las funciones que justifican la

“más allá del círculo familiar íntimo y comporta igualmente una dimensión social” (§ 69), -por lo que dentro de estos ámbitos- “toda persona, incluso si es conocida por el gran público, debe gozar de una esperanza legítima de protección y respeto de su vida privada” (§§ 51 y 69). El Tribunal para determinar la conculcación de este derecho partió de la premisa de concretar si las fotografías pertenecían al ámbito privado o a incidentes públicos, y si los elementos -las fotografías- así obtenidos “estaban destinados a un uso limitado o podían ser accesibles al público en general” (§ 52). Todo ello, con independencia de si su localización es o no en un lugar público, ya que el Tribunal entiende que existe una zona de “interacción entre el individuo y los demás que, incluso en un contexto público, puede concernir a la “vida privada” (§ 50).

²⁵¹ Así, la LO 1/82, en el artículo 2º.1 establece, al referirse al objeto de protección, que se atenderá “al ámbito que por sus propios actos mantenga cada persona reservado para sí mismo o su familia”.

protección de la libertad de información. Lo que determina para el TEDH la intromisión ilegítima en la vida privada es el fin u objetivo perseguido con la publicación de la información, esto es, si contribuye de alguna manera a algún “debate de interés general para la sociedad”. El elemento condicionante para establecer el necesario equilibrio entre la protección de la vida privada y la libertad de expresión debe ser la contribución que las fotografías y artículos publicados (información en general) hacen al debate de interés general (asunto *Hannover*²⁵², § 76). Y dentro de este ámbito, se establece que carece de interés legítimo la información sobre dónde se encuentra y cómo se comporta generalmente en su vida privada una persona -pese a su notoriedad-. Consecuentemente, resulta irrelevante el lugar donde se hayan tomado las fotografías u obtenido la información, aunque se trate de lugares que no puedan considerarse “aislados” (*Hannover*, § 77). No obstante, el interés general no debe restringirse exclusivamente al debate político, por lo que algunos aspectos concretos de la vida privada de los políticos pueden ser de interés para los ciudadanos -extendiéndose este razonamiento para las demás personas públicas por las que tenga interés el público-. La notoriedad y el interés del público “obligan” a una diferencia de trato entre la vida privada de una persona ordinaria y la vida privada de una persona pública, estableciéndose un equilibrio diferente entre lo privado y protegido y lo público y no protegido. Pero la tarea de establecer el límite de la vida privada de una persona pública no es fácil, pues no es posible realizarla de una manera casuística, ni tampoco admitirse el criterio del aislamiento espacial -su domicilio- por ser muy restrictivo.

No obstante, el criterio generalmente utilizado por el TEDH para decidir sobre la vulneración del art. 8 CEDH cuando está en conflicto con la libertad de información (si el sujeto titular era o no personalidad pública), podría modificarse en la jurisprudencia emergente²⁵³. En este sentido, se propone como criterio alternativo aquél que pretende determinar si la persona que alega la vulneración de su vida privada podía razonablemente creer en carácter privado de la situación litigiosa²⁵⁴. Se aboga por este

²⁵² STEDH de 24 de junio de 2004, *loc. cit.*

²⁵³ Siguiendo las palabras del Juez Cabral Barreto emitidas en su voto particular en el *asunto Hannover*, cuando habla de la jurisprudencia emergente relativa al ejercicio de equilibrio entre el derecho del público a saber y el derecho de la persona privada a protegerse.

²⁵⁴ En esta línea emitió su voto el Juez Zupancic en la sentencia *Hannover*, incidiendo en la conveniencia de haber resuelto aquel caso no sobre la base del criterio de notoriedad sino siguiendo el que

criterio como el más adecuado para definir la noción vida privada, y así concretar la protección de este derecho en el ámbito del CEDH. Para ello el TEDH debería evaluar la aplicabilidad de vida privada conforme al CEDH, cuestionándose si el demandante tenía una expectativa razonable de intimidad o la opción personal en la materia litigiosa. El término “razonabilidad de una expectativa” debería depender de un análisis empírico y objetivo de las prácticas llevadas a cabo en el Estado miembro, y la noción “vida privada” debería significar lo que una mayoría de los Estados miembros entienden que debe significar. Consecuentemente, para que el TEDH pueda utilizar este criterio para la generalidad de los asuntos referentes a la intimidad o vida privada es necesario, como paso previo ineludible, encontrar un mínimo acuerdo general de los Estados miembros (determinado por normas legales y sociales) de lo que debe entenderse como derecho a la intimidad –o esa “opción personal”-. En este sentido, resulta particularmente interesante una reciente sentencia del TEDH resolviendo sobre los cuestionables límites entre la libertad de expresión y la tutela efectiva de la intimidad, imagen y honor de los famosos. Se trata de la sentencia dictada en el asunto *MGN Ltd v UK*²⁵⁵. Lo relevante de este asunto es que se trataba de la publicación de informaciones e imágenes pertenecientes a una figura pública muy conocida en la sociedad inglesa –y a nivel mundial-, tomadas en la calle –sitio público- y finalmente el TEDH determinó que prevalecía el derecho a la intimidad –*privacy*- del personaje sobre la libertad de información. Era evidente que entorno a su figura existía un interés del público –legítimo- a conocer, pero hay cierta informaciones que por su naturaleza –privada e

utilizó el TEDH en su Sentencia *Halford contra Reino Unido*, de 25 junio 1997 (TEDH 1997\ 37) en la que se preguntó si la persona afectada “podía razonablemente creer en el carácter privado”, resaltando además que este criterio ha sido propuesto por doctrina extranjera ya hace tiempo.

²⁵⁵ STEDH, *MGN Ltd v UK*, Application no. 39401/04, 18 enero 2011. En primera instancia se concluyó que la publicación del artículo por el periódico *The Mirror* lesionaba los derechos de Sra. Campbell de conformidad con la *Law of confidence* inglesa ([2002] EWHC 499). El Tribunal de apelación revocó la decisión de primera Instancia sentenciando que cuando una figura pública haya decidido voluntariamente publicar declaraciones sobre asuntos privados –como por ejemplo en este caso el uso de drogas-, no pueden quejarse cuando los medios de comunicación buscan públicamente corregir aquellas declaraciones previas ([2002] EWCA Civ 1373) . Pero esto llegó hasta la Cámara de los Lores y posteriormente ante el TEDH. La Cámara de los Lores (por mayoría) invirtió la decisión del Tribunal de apelación y confirmó la de instancia ([2004] UKHL 22). Pero el demandado –el editor del periódico *MGN Ltd* -, recurrió ante el TEDH por considerar que atentaba contra su derecho esencial a la libertad de expresión e información a la luz del art. 10 CEDH.

íntima- no justifican esa exposición por ser innecesarias para cumplir con la función de informar –en el caso, la información conflictiva eran los detalles sobre el tratamiento de drogadicción y las fotografías-²⁵⁶.

56. La relación entre el honor y la libertad de expresión e información viene determinada en gran medida por la ausencia de reconocimiento expreso de un derecho al honor –autónomo e independiente- por la mayoría de los ordenamientos nacionales (con ciertas salvedades como es el caso del Derecho español) e incluso por los textos internacionales. La reglamentación que de la reputación ajena hace el CEDH supone que no se encuentre en situación de paridad a la libertad de expresión -recogida y garantizada como derecho-, pues únicamente se prevé como un límite a esta libertad. Mientras que el TEDH en su jurisprudencia considera a la libertad de expresión como “pieza fundamental” en un sistema democrático, refiere a la reputación ajena como límite y, consecuentemente, es objeto de un reconocimiento jurisprudencial menos amplio (al afirmar que los límites a los derechos han de ser interpretados de forma estricta). Es más, la protección del honor se da exclusivamente en la medida que entre en conflicto con la libertad de expresión y el TEDH aprecie que existe una extralimitación en el ejercicio de esta libertad. En caso de conflicto entre ellos, la labor de ponderación (o *balancing*) de los bienes jurídicos y de las circunstancias concretas del caso será la que marque su resolución. Con el art. 10 CEDH se ampara tanto las informaciones o manifestaciones de naturaleza inocua o favorable, como aquellas que puedan resultar ofensivas o incluso inicuas²⁵⁷. En esta línea ha de precisarse que a la

²⁵⁶ En este caso se vuelve a utilizar un criterio (ya utilizado en el asunto *Von Hannover*, *loc. cit.*, y en otras sentencias del TEDH) de lo que puede considerarse como información privada –sea o no un personaje público-, para determinar el alcance de la protección de este derecho de la personalidad cuando entra en conflicto con la libertad de expresión y/o información. Lo que puede definirse, en términos generales, como aquellos hechos respecto de los cuales la persona tenga razonables expectativas de privacidad (asunto *Campbell*, *Lord Hoffmann*, párr. 21). Las precisiones entre uno y otro caso, a la hora de concretar qué se entiende por información privada, pueden verse en S. Hadwin y D. Bloy, *Law and The media*, Londres, 2007, pp. 145-148. Para un análisis jurisprudencial de la evolución del criterio “*reasonable expectation of privacy*” en el TEDH, *vid.* G. J. H. Smith, *Internet Law...*, *ob. cit.*, pp. 235-237; W. MacKinnon, “Discarding Reasonable Expectations of Privacy: A Critique of *R. v. Patrick*”; *Alta. L. Rev.*, vol. 47 (2009-2010), pp. 1037-1046.

²⁵⁷ *Vid.* R. Bustos Gisbert, “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática (art. 10 CEDH)”, en *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, P.

hora de tutelar este derecho el TEDH no se limita a proteger el contenido de la información que se expresa, sino también la forma del exponer el mensaje²⁵⁸; lo que en la práctica se traduce en que las expresiones exageradas o incluso provocadoras son susceptibles de amparo, pero sin que esto se derive en la tutela del insulto o de las imputaciones ofensivas gratuitas.

Para la solución de las posibles fricciones entre ambos bienes jurídicos lo primero que ha de establecerse son los términos para el conflicto. El TEDH en su sentencia de 8 de julio de 1986, asunto *Lingens*, fija dichos términos: no se ha de sobrepasar los límites previstos en el 10.2 CEDH, y es necesario que la información u opinión vertida sea de interés público. Una vez fijados los términos del conflicto el Tribunal ha de resolverlo ponderando todos los elementos del caso. Son varios los elementos a valorar para este *balancing*. En primer lugar, las expresiones o atribuciones de hechos potencialmente ofensivos deben producirse en el contexto de un asunto de interés público. En su práctica el TEDH no hace distinción alguna entre asuntos de naturaleza política y otros asuntos de interés general, pues no establece límites distintos a la libertad de expresión según ésta sea ejercitada dentro o fuera del debate político²⁵⁹. Lo verdaderamente relevante es que el asunto de que se trate revista interés general, sin que sea condición necesaria que los hechos se encuadren dentro de un contexto de debate público –incluso si no existe debate alguno al respecto-. El elemento “interés público” es el que permite determinar si se ha producido o no una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión. Es la concurrencia del interés general la que permite el amparo de las expresiones o imputaciones de hechos potencialmente ofensivos, siempre que estos no sean gratuitos y emitidos fuera del contexto (por lo que no aportan nada a la discusión o debate). En segundo lugar, hay que atender al *animus* con el que se han emitido las manifestaciones. El TEDH no ampara aquellas manifestaciones que se emiten con el fin de ofender o menospreciar gratuitamente y sin aportar nada –al debate público-, esto es, no se tutela el *animus injuriandi*. En este sentido, se deduce que lo que queda amparado por el art. 10 CEDH debe obedecer al *animus narrandi, criticandi o retroquendi* (aunque el contenido de las manifestaciones sea especialmente duro). Si bien por lo general el contexto en el que ha de realizarse el

Santolaya macheti, F. J. García Roca (Coords.), Madrid, 2005, pp. 529-564.

²⁵⁸ Vide, STEDH asunto *Oberschlick*, ya citado.

²⁵⁹ STEDH asunto *Thorgeir Thorgeirsson v. Islandia*, 25 de junio de 1992, §§ 63 y ss.

análisis del *animus* va a responder a declaraciones vertidas como consecuencia de unas anteriores, cabe aludir a un nuevo elemento presente en la práctica: el hecho de que las expresiones litigiosas hayan sido, en mayor o menor proporción, provocadas por los propios “locutores”²⁶⁰. En tercer lugar, ha de considerarse el principio de veracidad –o *exceptio veritatis*-. Al igual que ocurre en el ámbito nacional (tal y como establece el TC), por el TEDH se diferencia entre libertad de información y libertad de expresión a la hora de proclamar la aplicabilidad de esta excepción y, con ello, el ámbito de amparo. Así, ha de partirse de la distinción entre manifestación de opiniones y de hechos, ya que la *exceptio veritatis* únicamente se aplicará cuando la libertad que se ejerce es la de información y no cuando es la de expresión, pues lógicamente respecto de las opiniones no puede realizarse un juicio o examen de veracidad. La *exceptio veritatis* podrá oponerse como causa de legitimación de intromisiones al derecho al honor, cuando aquellas consistan en atribuir hechos ofensivos al titular y estos resulten verídicos (asunto *Castells*²⁶¹). De esto se derivan varios deberes y responsabilidades que se exigen para el ejercicio de estas libertades, y que pueden concretarse en la obligación de transmitir informaciones “exactas” y “dignas de crédito” (asunto *Bladet*²⁶²). Para que se cumpla este principio de veracidad no es suficiente que la información transmitida tenga una base real, sino que el modo de transmitirla tiene que ser de tal manera que no induzca a error a los receptores de la misma. Por lo que no son admisibles las insinuaciones, observaciones complementarias, juicios de valor o suposiciones vertidas con el fin de generar en el público una idea equivocada²⁶³. Con ello no se quiere decir que el TEDH no ampare las opiniones o los juicios de valor, sino que para ello requiere que éstas tengan una base fáctica²⁶⁴ -aunque en ocasiones los hechos y opiniones

²⁶⁰ STEDH asunto *Fuentes Bobo v. España*, 29 de febrero de 2000, § 48.

²⁶¹ STEDH asunto *Castell v. España*, de 23 de abril de 1992, § 69.

²⁶² STEDH asunto *Bladet Tromsø y Stensaas*, de 20 de mayo de 1999, § 65.

²⁶³ STEDH asunto *Markt Intern Verlag GMBH y Klaus Beermann v. Alemania*, de 20 de noviembre de 1989, §§ 33-35.

²⁶⁴ La STEDH, asunto *Wirtschafts-Trend-Verlags GMBH c. Austria*, de 27 de octubre de 2005, señala que la necesidad de que exista un vínculo entre un juicio de valor y los hechos en los que se basa puede variar de un supuesto a otro, según las circunstancias del caso, y que la necesidad de proporcionar pruebas de los hechos que subyacen a un juicio de valor es menos exigente cuando dichos hechos son ya de dominio público (§ 35). Sobre la necesidad de una base fáctica en la cual apoyar afirmaciones, *vide* también entre otras, Sentencia *Prager y Oberschilck c. Austria* de 26 de abril de 1995, § 37; *Ukrainian Media Group c. Ucrania* de 29 de marzo de 2005, § 42; *Paturel c. Francia* de 22 de diciembre de 2005,

resulten difícilmente separables por formar un todo²⁶⁵. En caso de duda a la hora de deslindar los hechos de las opiniones, habrá que atender -tal y como ha señalado la STC 6/1988, de 21 de enero²⁶⁶-, al elemento predominante (fáctico o valorativo) para determinar si se está ante el ejercicio de la libertad de expresión o de la libertad informativa²⁶⁷. El cuarto elemento a tomar en consideración es la difusión de las manifestaciones. Para entender consumada una intromisión ilegítima del derecho al honor es necesario que las declaraciones controvertidas hayan sido objeto de difusión, sin que el medio utilizado condicione la existencia o no de la intromisión. No obstante, los medios utilizados para la difusión sí inciden en los efectos “nocivos” de la intromisión, esto es, el daño puede ser cuantitativa y cualitativamente mayor según se haya utilizado uno u otro medio para difundir las declaraciones presuntamente difamantes. No es lo mismo los daños que se pueden producir utilizando la prensa escrita que a través de los medios audiovisuales, pues estos últimos provocan unos efectos “mucho más inmediatos y potentes”. El último elemento a la hora de interpretar y aplicar los límites y restricciones previstos en el 10.2 CEDH a la libertad de expresión e información, es el principio de necesidad. Para que la injerencia en el derecho al honor cumpla con los requisitos exigidos en este artículo (“constituyan medidas necesarias”), debe corresponder especialmente a una necesidad imperiosa y proporcionada a la finalidad legítima perseguida, que ha de ser alguna de las previstas en el 8.2 CEDH. Para apreciar la concurrencia de este requisito el TEDH lleva a cabo una operación doble, analiza por un lado si la sanción está justificada por “una necesidad social imperiosa” y, por otro lado, si es proporcionada al fin legítimo garantizado.

§§. 36-39.

²⁶⁵ Vide, STEDH asunto *Vides Aizsardzības Klubs c. Letonia*, de 27 de mayo, § 43.

²⁶⁶ Esta misma tendencia puede observarse en la jurisprudencia alemana, pues también allí constituye una de las cuestiones centrales -y de más difícil resolución-, distinguir entre hechos y opiniones. La jurisprudencia alemana utiliza criterios similares a los utilizados por la española. Entre ellos, que en caso de duda entre calificar un enunciado como información o expresión, se presume lo último; o que en caso de enunciado expresivo ambiguo, hay que decidirse por la interpretación que no lleve a condenar al demandado. P. Salvador Coderch, P., M. T. Castiñeira Palou, *Prevenir y castigar...*, ob. cit. pp. 53 y ss.

²⁶⁷ En este sentido, A. Català I Bas señala que en este punto el TC recoge lo establecido por la jurisprudencia del TEDH, en particular en el caso *Lingens* (loc. cit). Cf. A. Català I Bas, *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*, Valencia, 2001, p. 101 y ss.

IV.- Mecanismos de protección de la esfera de la personalidad

57. Los posibles mecanismos de protección de los que dispone la víctima frente a atentados contra alguno de sus derechos vinculados con la personalidad varían en gran medida de un ordenamiento a otro, ya que el estándar de protección entre los países es muy diferente en esta materia²⁶⁸ –lo que pone de manifiesto, una vez más, lo relevante que resulta la determinación de la ley aplicable en este tipo de litigios y, en consecuencia, del tribunal competente-. En la generalidad de sistemas nacionales al margen de la protección civil de estos derechos se prevé la posible penalización de los comportamientos lesivos de estos derechos²⁶⁹. Ahora bien, al margen del eventual recurso al orden penal para solicitar la tutela de estos derechos, la generalidad de sistemas nacionales articula mecanismos de protección para las víctimas de comportamientos lesivos de sus derechos en el ámbito civil, reconduciendo el supuesto al marco de la responsabilidad civil extracontractual (responsabilidad aquiliana). Las diferencias entre países son más importantes para la protección civil que para la protección penal; pues la tutela penal de la vida privada está mucho más desarrollada en Europa continental, resultando bastante homogénea. En el Derecho privado la protección de la vida privada es asegurada de modo muy diferente según el Estado²⁷⁰. Así, la protección va a realizarse mediante disposiciones generales de origen legislativo en España y en Francia, de carácter esencialmente jurisprudencial en Alemania y en Italia, mientras que el sistema anglosajón se va a caracterizar porque el Derecho reprueba únicamente ciertas intromisiones en la intimidad -y la difamación la

²⁶⁸ Para una visión comparada de la materia dentro de Europa, véase G. Brügge-meier, “Protection of personality rights in the law of delict/tort in Europe: mapping out paradigms” en G. Brügge-meier, A. Colombi Ciacchi y P. O’Callaghan (eds.), *Personality Rights in European Tort Law*, Cambridge, 2010, pp. 5-37; y H. Koziol, “Summary and Outlook” en H. Koziol, A. Warzilek (eds.), *Protection of Personality Rights against Invasions by the Mass Media. Tort and Insurance Law*, vol. 13, 2005, pp. 681- 713.

²⁶⁹ No existe unanimidad entre los Estados a la hora de determinar si la responsabilidad que se deriva de las lesiones a los derechos de la personalidad es exigible penal y/o civilmente. En este sentido, por ejemplo, en el Derecho francés los supuestos de difamación siempre son causas penales, a diferencia de España donde pueden tener carácter penal –en atención a su especial gravedad- o civil.

²⁷⁰ Vid. L. J. Brinkhorst y H. G. Schermers, *Judicial remedies in the European Communities: a case book*, 2ª ed., Deventer, 1977, pp. 181-191.

reglamenta por separado-. Por ello resulta necesario examinar cuáles son los medios o instrumentos de protección de la vida privada que operan generalmente en los países europeos (sistema *civil law*) en contraste con su protección en los sistemas del *common law* (donde la *defamation* y la *privacy* son sendos *Torts*, esto es, delitos civiles en el sentido continental -europeo- de la expresión), ante posibles intromisiones realizadas tanto por particulares como por los medios de comunicación. En los siguientes apartados se va a analizar, por un lado, la tutela penal de estos derechos en el ordenamiento español, y por otro, la protección civil de estos derechos²⁷¹ con referencia a los sistemas jurídicos pertenecientes al *civil law*, de una parte, y los sistemas del *common law*, de otra.

1. Protección de los derechos

A) Tutela por el ordenamiento penal

58. La posible protección penal de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen está prevista en la propia LO1/82 para aquellos casos en los que las violaciones de estos derechos revistan la suficiente gravedad que legitimen al perjudicado recurrir al orden penal para su tutela²⁷². Las posibles infracciones penales a estos derechos se recogen en el Código Penal. En esta norma se tipifican varios delitos contra distintos derechos de la personalidad como bien jurídico protegido. En primer lugar, el Título X que bajo la rúbrica “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” (arts. 197-201), tipifica los delitos contra el derecho a la intimidad y la propia imagen. A pesar de la nomenclatura utilizada, este título se centra básicamente en la revelación de secretos (en lo que interesa, de las distintas informaciones que afectan a la intimidad de la persona cualquiera que sea el

²⁷¹ Desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual que de estas lesiones/intromisiones puede derivarse para el agente causante del daño, dejando al margen los posibles supuestos de disposición por el titular de ciertas facetas integradoras de sus derechos de la personalidad, y de sus posibles medios de tutela frente a atentados perpetrados en ese marco (toda vez que estas cuestiones se irán perfilando en los capítulos siguientes).

²⁷² El Preámbulo de la LO 1/82 dice que no puede ignorarse que “algunos de esos derechos gozan o previsiblemente gozarán de una protección penal. Así ocurre con el derecho al honor, amparado por las prescripciones contenidas en el Libro II, título X, del vigente Código Penal, y con determinados aspectos del derecho a la intimidad personal y familiar que son objeto de una protección de esa naturaleza (...)”.

soporte utilizado) y en el allanamiento de morada o domicilio. Nada se dice sobre la propia imagen como tal, limitándose el art. 197.1 CP -dentro del elemento objetivo del tipo- a establecer como una de las conductas susceptibles de reproche penal la utilización de medios técnicos para la reproducción de imagen sin consentimiento del titular²⁷³ (lo que coincide básicamente con lo reglamentado en la LO1/82²⁷⁴). La tutela del derecho al honor cuenta con un título propio en el Código, el Título XI “Delitos contra el honor”, diferenciando entre injurias y calumnias²⁷⁵. A diferencia de lo que ocurre con los delitos contra el derecho a la intimidad y a la imagen, en caso del derecho al honor (en particular para las injurias) sí que se establece una condición sin la cual la lesión de este derecho no será reputada como ilícito penal. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que por su naturaleza, efectos y circunstancias, se consideren graves²⁷⁶. Como regla general las injurias no se consideran graves salvo que se hubieran realizado con conocimiento de su falsedad o “temerario desprecio a la verdad” (art. 208 III CP).

²⁷³ “1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o *reproducción* del sonido o *de la imagen*, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.” (Cursiva nuestra).

²⁷⁴ El art. 7. apartado 5º de la LO 1/82, cuando tipifica las intromisiones ilegítimas al derecho a la imagen en particular (5. *La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.*). Es más, el texto de la LO es más específico que el del CP, que unido al principio de intervención mínima del Derecho penal trae como consecuencia la aplicación de este precepto en la jurisdicción civil, si bien siguiendo un procedimiento sumario, que el recurso al orden jurisdiccional penal y la aplicación del tipo del art. 197.1 CP.

²⁷⁵ La calumnia definida en el art. 205 del CP como “la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. Y las injurias como “la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”.

²⁷⁶ Literalmente el art. 208 párrafo 2º exige que las injurias: “sean tenidas en el concepto público por graves”.

B) Tutela civil: aproximación comparada

59. La tutela civil de los derechos referidos a la personalidad frente a los posibles atentados ilegítimos va a reglamentarse en la generalidad de los ordenamientos jurídicos nacionales a través de la responsabilidad extracontractual (Derecho de daños o Derecho de las obligaciones extracontractuales). Lo que va a diferir de un sistema nacional a otro en este sentido son los presupuestos necesarios para que sea exigible esa responsabilidad al agente causante del daño (prueba del daño, cuantificación del mismo, etc.), a quién le corresponde la carga de la prueba, así como las consecuencias que esa responsabilidad general (obligaciones para el responsable: restituir, reparar *in natura*, resarcir económicamente, etc.)²⁷⁷.

El recurso al sector del Derecho de daños para la tutela civil de las lesiones a los derechos de la personalidad es común tanto en los sistemas jurídicos pertenecientes al *civil law* como en los del *common law*. El hecho de que estas familias jurídicas realicen un tratamiento muy dispar de los derechos que pueden referirse a la persona no incide en este sentido. En consecuencia, que los sistemas del *comon law* hagan una aproximación que pudiera denominarse como dualista de los bienes de la personalidad tutelados (diferenciando entre *privacy* y *defamation*), que no tiene reflejo en los sistemas del *civil law*, conduce únicamente a que la reglamentación de la eventual responsabilidad (*Tort*) se haga en normas separadas en función del bien de la personalidad que se haya lesionado. Cuestión distinta es que cada una de esas normas pueda exigir presupuestos distintos para su aplicación.

60. Dentro del Derecho europeo continental aunque pueden observarse diferencias en los mecanismos de tutela entre los distintos Estados –en los términos referidos: presupuestos, consecuencias para el agente, etc.), en términos generales la protección es bastante similar, ya que se parte de que el bien jurídico protegido por estos derechos -con independencia de su concreción específica y la denominación utilizada- es la personalidad, dándose un tratamiento conjunto a la cuestión, sin que se prevea -en términos generales- mecanismos de protección diferenciados en función de sea la

²⁷⁷ Todas estas cuestiones se van a ver desde una perspectiva comparada en el capítulo V, cuando se refiera los presupuestos necesarios para que surja el derecho a reclamar para el perjudicado (apartado III. 2ºA).

privacidad -en términos estrictos- o el honor o reputación cuya tutela se reclame. Por ejemplo, en el Derecho suizo es el propio Código civil el que reglamenta detalladamente el sistema de protección de la personalidad, regulando tanto fueros de competencia como normas de Derecho material. Las acciones previstas que el actor puede ejercitar son de distinta naturaleza: la acción preventiva, con el objeto de prohibir un atentado ilícito inminente; la acción de cesación, de constatación del ilícito, de rectificación, de comunicación a tercero o publicidad de sentencia estimatoria recaída, de daños y perjuicios y reparación del daño moral y del derecho de respuesta (arts. 28 a), b) y g). La tutela que el ordenamiento jurídico portugués profesa a la personalidad comprende el derecho del lesionado a recibir una indemnización por los daños sufridos -obligación del agente causante del daño-, así como la adopción de las medidas que sean necesarias para evitar la consumación de la amenaza (preventivas) o mitigar los efectos de la vulneración²⁷⁸. En el Derecho italiano la tutela civil se lleva a cabo mediante el derecho al resarcimiento (art. 2043 y ss. del Código civil italiano) así como la posibilidad de publicar la sentencia de condena del resarcimiento en medios de comunicación, cuando dicha publicación forme parte de la reparación del daño (art. 120 Código Procesal Civil). Aunque en el ordenamiento italiano el derecho a la identidad personal, al honor y a la *riservatezza* no tiene prevista protección civil específica, jurisprudencialmente se reconoce su carácter de derechos de la personalidad. Para aplicar la vía resarcitoria en su protección la jurisprudencia italiana acudió a la inviolabilidad de los derechos fundamentales²⁷⁹, al carácter abierto del catálogo de derechos de la personalidad, y a la necesidad de extender esta condición ya que en el momento de la codificación no existan los peligros derivados de la evolución de la técnica²⁸⁰.

61. En el Derecho español resulta fundamental para abordar la cuestión de la protección de los derechos de la personalidad, la definición que de éstos se da en el ordenamiento jurídico -todo ello sin perjuicio de su consideración o no de derechos

²⁷⁸ Sobre los mecanismos de protección de los derechos de la personalidad en el ordenamiento portugués, y en particular del reconocimiento del derecho general de la personalidad y los derechos especiales, véase R. Capelo de Sousa, “A Constituição e os direitos de personalidade”, en J. Miranda (Coord.) *Estudos sobre a Constituição*, Vol. II, Lisboa, 1978, pp. 93- 198, en esp. pp. 93 y ss.; y E. Dias Oliveira, *Da responsabilidade Civil...*, ob. cit., pp. 38-41.

²⁷⁹ Art. 2 de la Constitución italiana.

²⁸⁰ Vid. entre otros F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Padua, 1990, vol. I, pp. 147 y ss.

subjetivos y fundamentales-; es decir, cuál es el contenido y extensión de estos derechos. Pues solo a aquello que se entienda como parte de estos derechos se extenderá el ámbito de protección previsto por el Derecho nacional. Este extremo es particularmente difícil toda vez que la LO1/82 no recoge definición más concreta de lo que lo hace el texto constitucional, es más, reconoce la imposibilidad de dar una definición no perentoria, indicando que se trata de un concepto que cambia con arreglo a la evolución de las ideas y principios vigentes²⁸¹. La LO se limita a tipificar los supuestos de intromisión ilegítima a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. En el número 1 del artículo 2 de la LO 1/82 se hace una delimitación del ámbito de estos derechos de la personalidad, de la siguiente forma: “La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará limitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”. Ya en su momento fue muy criticada la redacción de este texto legal por la doctrina²⁸², debido fundamentalmente a que la finalidad u objeto de esta ley debería ser precisamente la de delimitar la protección de estos derechos, y no remitirse a otras leyes, ni usos sociales, ni conductas personales²⁸³.

²⁸¹ El tenor literal de la Exposición de Motivos de la LO 1/82 al delimitar el ámbito de protección de estos derechos (art. 2), es muy claro: “Además de la delimitación que pueda resultar de las leyes, se estima razonable admitir que en lo no previsto por ellas la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y del uso de la imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la Sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento. De esta forma la cuestión se resuelve en la ley en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas.”.

²⁸² Entre otros, *vide* L. H. Clavería Gosálbez, “Reflexiones ...”, *loc. cit.*, pp. 1249-1252.

²⁸³ Respecto de la referencia a otras leyes para la delimitación de la protección, la crítica es clara: la vulneración, en su caso, de la reserva de Ley orgánica contenida en el art. 81. 1 CE (salvo que dicha precisión se realizase mediante ley de igual rango, estando en este supuesto ante una clara ineficiencia legislativa, con duplicación de costes, pudiendo haberlo hecho directamente en este texto legal). En relación con los usos sociales, el problema que se plantea es la más que probable diferencia de trato que pueda operarse entre los sujetos, al no ser, precisamente, Derecho positivo (Derecho escrito) que garantice la seguridad jurídica que los arts. 9 y 14 de la CE reclaman (entre otros efectos). Pero lo más “peligroso” –y por ello, lo más criticado-, es permitir que cada persona con sus actos, sus hábitos, conducta o manifestaciones pudiera delimitar el ámbito protegido de su esfera personal, pudiendo renunciar de forma definitiva a aquellos derechos (vacando de contenido los mismos). Por todo ello, Clavería Gosálbez, propuso en su momento que en la medida que este precepto no sea derogado, se hace necesaria una interpretación absolutamente restrictiva del mismo, en el siguiente sentido: la referencia a

La LO1/82 en su artículo 7 recoge en una enumeración cerrada –o al menos lo intenta- de todas las posibilidades de atentar contra los derechos que protege el art. 18.1 CE. Pero dicha enumeración resulta insuficiente y reiterativa, los supuestos enumerados parecen referirse únicamente, y de manera esquemática, a dos de los grupos de supuestos litigiosos que la doctrina norteamericana ha establecido como intromisiones al *right of privacy*. Esto es, la revelación o divulgación de hechos privados y las apropiaciones del nombre y de la imagen. No se han previsto en la LO los supuestos de simple intrusión –aunque en la mayoría de los casos podrían reconducirse a la tutela penal por ejemplo en supuestos de allanamiento de morada-, ni tampoco se prevé un tratamiento diferenciado entre personas privadas y personajes públicos, aunque en este caso sobre la base del art. 2 los tribunales podrán establecer esta distinción. Igualmente, cuando corresponda la aplicación de la LOPD –porque se trate del uso de datos personales- será la actuación jurisprudencial la que supla las lagunas que en este sentido existen en la ley, reconociendo en su caso el llamado “derecho al olvido”²⁸⁴, así como

las leyes debe entenderse hecha únicamente a las orgánicas, la referencia a los usos se entenderá hecha sólo a aquellos que no supongan efectos contrarios a la Constitución; y la referencia a la conducta de las personas deberá interpretarse como “mera pauta hermenéutica complementaria”, pero nunca como manera de renunciar de forma irreversible y genérica a la protección legal. *Vid.* L. H. Clavería Gosálbez, “reflexiones...”, *loc. cit.*, pp. 1251-1252; *Id.* “Negocios jurídicos...”, *loc. cit.* p. 38.

²⁸⁴ En principio, este derecho supondría la posibilidad del afectado –cuyos datos personales aparecen publicados en un medio de comunicación- de cancelar, eliminar u oponerse a que esos datos sean accesibles o públicos. En definitiva, este derecho está relacionado con la protección de datos personales que, si bien no es específicamente objeto de este estudio, sí que está íntimamente relacionado por lo que en ocasiones está justificada su alusión –como es el caso-. Ahora bien, la cuestión es si es posible también reconocer –y exigir- el cumplimiento de un derecho así de carácter negativo- en un medio global como es Internet, en particular en relación con las versiones digitales de los medios de comunicación. Recientemente la Audiencia Nacional ha planteado una cuestión prejudicial ante el TJUE sobre el derecho al olvido en Internet (Auto de 27.2.2012 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la AN, texto íntegro de la resolución en <http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.0cb0942ae6fbd1c1ef62232dc432ea0/?vgnextoid=a0cca049bd2d5310VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextchannel=3a20f20408619210VgnVCM100000cb34e20aRCRD&vgnnextfmt=default>. Es la primera vez que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro ha planteado una cuestión de este tipo. El problema central que se plantea en el asunto es determinar las obligaciones de los buscadores en Internet (en este caso en relación con Google) frente a la protección de datos personales de quienes no desean que se localicen, indexen y se pongan a disposición del público de forma indefinida determinadas informaciones publicadas en páginas web de terceros y que

estableciendo la ilicitud de los supuestos en los que un tercero haga uso de la imagen o del nombre de personajes públicos sin su consentimiento con fines publicitarios (lo que podría considerarse como una lesión de un eventual *right of publicity*²⁸⁵). En cualquier caso -en el Derecho español así como en la generalidad de ordenamientos jurídicos nacionales-, existen supuestos en los que las potenciales injerencias o intromisiones a los derechos de la personalidad no pueden considerarse ilegítimas al concurrir razones de interés público que imponen una limitación de los derechos individuales, como son los previstos en el art. 8 LO1/82 (en términos generales, el interés público vendrá determinado en algunos casos por la relevancia de la actividad en cuestión, o por el sujeto que la lleva a cabo, ya sea porque desempeña cargo público, una profesión de notoriedad o proyección pública).

62. Especial importancia tiene aquí el último artículo de la LO 1/82 (art. 9) que regula la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas. Sus cinco apartados hacen referencia a: los procedimientos necesarios para obtener dicha tutela, la posibilidad de adoptar medidas para que cese la intromisión ilegítima -que se analizarán a

contienen sus datos personales y permiten relacionarles con ellas. Las nueve preguntas dirigidas al TJUE por la AN giran en torno a cuestiones tan relevantes como el ámbito de aplicación territorial de la legislación sobre protección de datos personales (Directiva 95/46/CE sobre protección de datos personales), dado que el domicilio social de *Google Inc* se encuentra en California, la caracterización de los proveedores de servicios de búsquedas en Internet como responsables del tratamiento de los datos que indexan, así como el alcance del llamado “derecho al olvido” en el marco de la Directiva. La incidencia de la posible resolución del Tribunal de Luxemburgo en el marco normativo actual y la posible modificación normativa en la materia por un futuro Reglamento comunitario (a la luz de la Propuesta de Reglamento general de protección de datos presentada por la Comisión el pasado 25 de enero, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_es.pdf), así como un análisis de las nueve preguntas planteadas, puede verse en el blog de P. A de Miguel Asensio, entrada de 3 de marzo de 2012, (<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2012/03/la-cuestion-prejudicial-de-la-audiencia.html>). En general sobre el derecho al olvido en el contexto virtual véase C. de Terwangne, “Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido (Internet privacy and the right to be forgotten/right to oblivion)”, *IDP*, 2012, Núm.13, dedicado al “VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet”, pp. 53-56; y en el mismo número N. N. Gomes de Andrade, “El olvido: el derecho a ser diferente de uno mismo. Una reconsideración del derecho a ser olvidado”, *IDP*, 2012, *loc. cit.*, pp. 67-83.

²⁸⁵ En general sobre el concepto y evolución jurisprudencial del *right of publicity* vid., E. Dias Oliveira, *Da responsabilidade Civil...*, *ob. cit.*, pp. 105-113.

continuación-, la presunción (*iuris tantum*) de existencia de perjuicio, a los destinatarios de la indemnización por el daño moral y la caducidad de las acciones. En el Derecho español con anterioridad a la LO1/82 la responsabilidad y reparación de los daños causados en el honor, la intimidad o la propia imagen se llevaba a cabo a través del art. 1902 C.c. (donde se proclama el principio general *neminem laedere*). Este artículo recoge una fórmula general por la cual “todo el que por culpa o negligencia causare daño a otro está obligado a reparar el daño causado”. Esta norma no resulta derogada con la promulgación de la LO1/82, sino que esta ley se configura como la regla especial, quedando el art. 1902 C.c. como regla general (de aplicación subsidiaria, en particular en lo que se refiere a la reparación del daño moral²⁸⁶). En consecuencia con lo anterior, la víctima cuenta con dos vías procesales distintas para la tutela de iguales bienes jurídicos (de la personalidad), si bien cabe aducir ciertas ventajas de la LO1/82 frente a la prevista en el art. 1902 C.c.²⁸⁷ -que se concretan en la práctica-. En primer lugar, debido a su carácter especial se reglamenta de forma más amplia las acciones ejercitables frente a atentados contra estos derechos (art. 7 LO)²⁸⁸, a diferencia de que lo que ocurre en el art. 1902 C.c. que recoge una fórmula abstracta que requerirá una actividad probatoria más compleja para su aplicación. En segundo lugar, la legitimación activa queda claramente dibujada en la LO 1/82 no así en el C.c. que ha de determinarse previamente (pues existe un amplio margen interpretativo). En tercer lugar, el plazo para el ejercicio de las acciones de tutela es mayor en la LO (cuatro años frente al año del C.c.). En cuarto lugar, en caso de aplicación del C.c. la carga de la prueba es doble, pues ha de probarse además de la intromisión el perjuicio (causado por aquella); frente a lo que ocurre en la LO donde en virtud del art. 9.3 el perjuicio se presume siempre que exista intromisión. Por último, el procedimiento judicial previsto en el art. 53 CE otorga un amparo preferente y sumario, mientras que el procedimiento del Código civil es ordinario.

²⁸⁶ Tal y como se deriva de la doctrina reiterada del TS en relación con la reparación de los daños causados por lesión del derecho a la intimidad. Entre otras puede verse, STS de 25 de junio de 1984, (§1145).

²⁸⁷ Vid. C. Ruíz de Miguel, *ob. cit.*, p. 296 y L. Rebollo Delgado, *ob. cit.*, pp. 412-413.

²⁸⁸ En cuanto a la fundamentación objetiva de la pretensión del demandante sobre la base de la existencia de hechos constitutivos de intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad tipificados en el art. 7 de la LO1/82, véase J. Garberi Llobregat, *Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen*, Barcelona, 2007, pp. 336-346.

63. En particular, respecto de las medidas a adoptar frente la invasión de la privacidad -incluidos los atentados al honor- y la infracción de del derecho a la propia imagen está regulado expresamente por la LO1/82 en su art. 9 (al igual que los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la pretensión procesal del demandante que pueden alegarse por el demandado²⁸⁹). El art. 9.2 prevé cuatro medidas para proteger al titular frente a posibles atentados de estos derechos: primero de todo dos medidas directamente dirigidas a poner fin la infracción y prevenir su repetición en el futuro (acción de cesación y acción de abstención); luego reconoce el derecho de réplica y el derecho a obtener la publicación de la decisión que declara la existencia de la infracción; y finalmente prevé la compensación por pérdidas pecuniarias y no pecuniarias (art. 9.3). El derecho a réplica y la publicación de decisiones contrarias al demandado pueden considerarse como forma de compensación *in natura*²⁹⁰ de los daños. Aunque dependiendo del tipo de daños ocasionados, esta compensación podrá ser fuertemente completada, en el sentido de que no fuera éste suficiente para restaurar al demandante a su posición anterior, de tal forma que la víctima tiene disponible también una acción por daños²⁹¹.

Al margen de las peculiaridades propias derivadas del carácter preferente y sumario que la ley reconoce al proceso civil de amparo de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; la mayor singularidad que concurre en el sistema jurídico de tutela jurisdiccional de estos derechos se encuentra en el proceso civil de amparo del derecho de rectificación²⁹² que frente a informaciones inexactas y perjudiciales la víctima tiene reconocido frente a los medios de comunicación. Se trata del escrito de rectificación. Este escrito se configura como un verdadero presupuesto procesal (o mejor dicho, prejudicial), pues necesariamente antes de formalizar demanda judicial deberá la parte perjudicada dirigir al medio de

²⁸⁹ Aspectos recogidos en el art. 8 (hechos impeditivos) y art. 2 (hechos extintivos) de LO 1/82, y art. 20.1 CE como fundamento de los hechos excluyentes. Para un estudio pormenorizado de estas cuestiones procesales, véase *ibid.*, pp. 349-369.

²⁹⁰ Cf. M. Martín-Casals, J. Ribot, J. Solé, en W. V. Horton Rogers (ed.) *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, European Centre of Tort and Insurance Law, Viena, 2001, pp. 192-244, en esp. p. 220.

²⁹¹ En este sentido, M. Martín Casals, en P. Salvador Coderch (ed.) *El mercado..., ob. cit.*, pp. 383-384.

²⁹² Reglamentado por Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo (LODR).

comunicación donde se publicó y/o difundió la información controvertida un escrito de rectificación, el cuál si es divulgado regularmente por el medio en cuestión presupone la solución del conflicto -extrajudicialmente-, y la satisfacción de la víctima, por lo que será innecesaria la acción judicial (arts. 2 a 5 LODR). Esta posibilidad (obligatoria en este caso) de acuerdo extrajudicial entre las partes, cuando el demandado es un medio de comunicación, también tiene su reflejo en el Derecho comparado. En este sentido puede referirse paralelamente el ofrecimiento para reparar el daño (*offer to make amends*) previsto en la generalidad de Leyes sobre difamación –reglamentadas como una exención (*defence*) más a disposición del demandado²⁹³-, que serán en su caso homologadas judicialmente.

64. En el sistema inglés la tutela del *right of privacy* se realiza a través del recurso a los procedimientos previstos en el *common law* para los *torts*²⁹⁴. No existen

²⁹³ Por ejemplo en la Secc. 2ª de la *Defamation Act* inglesa, (1996); o la Part. 3, s. 20 de la *Defamation Act* 1999 de la República Irlandesa.

²⁹⁴ Al igual que ocurre en Gran Bretaña, en Estados Unidos el derecho constitucional “*right of privacy*” se protege mediante el Derecho de daños –*torts*–, que cumple dos funciones al mismo tiempo: resarcitoria y punitiva. En el Derecho estadounidense para la concreción de la responsabilidad en la que puede incurrir el agente causante del daño es necesario diferenciar los cuatro grupos de acciones en los que pueden concretarse las intromisiones al *right of privacy*, toda vez que en función del supuesto del que se trate los requisitos necesarios para la prueba de los presupuestos esenciales varían: a) La intrusión o intromisión en la soledad física del titular (*Restatement (Second) of Torts* 652 B). *Vid.*, W. L. Prosser, W. Page Keeton, *The Law of Torts*, 5ª ed., Minnesota, 1984, en particular, Cap. 20, Secc.117: “Right of privacy”, pp. 849-869). En términos generales, los casos de intrusión no se castigan por la información que se obtiene sino por los medios utilizados –esto es, la manera de obtenerla-, y en consecuencia, no es necesaria la publicación de tales informaciones para que se verifique la intrusión (*vid.*, W. E. Lee, “Privacy Intrusion while gathering news: An accommodation of competent interests”, *Iowa L. Rev.*, *loc. cit.*, pp. 1243 -1283, en esp. p. 1256). b) Revelación o divulgación pública de hechos privados (*public disclosure of private facts*, *Restatement (Second) of Torts*, párrafo 652 D, *Vid.*, W. L. Prosser, *Handbook of the law of torts*, *ob. cit.*, p. 834). En este supuesto tampoco resulta relevante el medio utilizado sino que la información: 1) sea altamente ofensiva para una persona razonable, y 2) no le concierne legítimamente al público; c) Presentar al público circunstancias personales bajo una falsa luz o apariencia (*false light in public eye* (*vid.* W. L. Prosser, *Handbook of the...*, *ob. cit.*, p. 837). Lo determinante en estos casos es la falsedad de la información -lo que generalmente sería difamante, por lo que el demandante podrá ejercitar acción por lesión de la *privacy* o por difamación (*vid.*) J. Dorsey, D. Ellis, “Damages and the Privacy Tort: Sketching a Legal profile”, *Iowa L. Rev.*, Julio 1979, nº 64, Issue 5 (dedicado al Symposium: Press and Privacy), pp. 1111-1154. d) Apropiación en beneficio propio del nombre o imagen de otra persona

mecanismos legales específicos para la protección de este derecho, a diferencia de lo que ocurre con la difamación en el que se prevé un *Tort* especial (*Tort of Defamation*²⁹⁵). Ahora bien, puede destacarse la función de tutela que el *Committee on Privacy* cumple en relación con ciertos aspectos de este derecho: exclusivamente en la que se refiere al tratamiento de los datos personales²⁹⁶. En particular, pueden referirse tres de las iniciativas más importantes: la constitución de un Registro de Protección de Datos y un Tribunal de Protección de Datos, la creación de una Comisión de Quejas contra los medios de comunicación y la instauración del Consejo de Modelos de Transmisión, entre otras²⁹⁷. De esta forma en este concreto ámbito de la privacidad, se ha optado por

(*appropriation for the defendant's benefits, of the plaintiff's name or likeness, vid. W. L. Prosser, Handbook of..., op. cit., p. 839*). Ha de tratarse del nombre de una persona o su imagen como un símbolo de su identidad, no su utilización como simple nombre o como una imagen cualquiera. Aquí es necesario distinguir entre la vulneración de la intimidad de una persona privada y la apropiación del derecho a obtener beneficios de un nombre o imagen que le corresponde a un personaje público. De tal forma que, al lado del nombre de toda persona para que no sea utilizado contra la voluntad de su titular, para proteger la intimidad, se ha elaborado por la doctrina el “derecho a la publicidad”, como derecho exclusivo de obtener provecho (*tirer profit*) de su propia notoriedad –sea el nombre o la imagen- (cf. F. Rigaux, “L’elaboration ...”, *loc. cit.*, p. 712).

²⁹⁵ Vid. G. Warner, “Comparative Tort Law”, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2008, pp. 1003-1041.

²⁹⁶ Para un análisis histórico de la evolución de los mecanismos específicos previstos por el Gobierno británico para la protección de la vida privada iniciado con la institución del *Committee on Privacy* en 1970, vide, M. Eslava Rodríguez, *La protección civil...*, *ob. cit.*, p. 51.

²⁹⁷ Particularmente, se trata de la *Broadcasting Standards Commission (BSC)*; la *Independent Television Commission (ITC)*, y la *Press Complaints Commission (PCC)*. La *BSC* fue establecida por la secc. 106 de la *Broadcasting Act 1996* con efectos desde abril de 1997. Se establece como uno de los deberes de la *BSC* preparar y publicar un código que establezca los principios que deben ser observados y las prácticas a seguir en relación con la anulación de tratamiento injusto o la infracción injustificada de la intimidad en los programas (secc. 107). Consecuentemente, le corresponde a la *BSC* considerar y juzgar sobre aquellas quejas de particulares que estén relacionadas con esos supuestos -tratamiento injusto o infracción injustificada de la intimidad en programas- (secc. 110 y 111). En cuanto a su efectividad como mecanismo de protección es bastante limitada, pues la *BSC* tiene poderes, entre otros, para obligar a un medio de difusión que publique las conclusiones de esta comisión, o al menos un resumen o sumario de estas (secc. 119), pero no tiene ningún poder para impedir la difusión de un programa (esto solo lo puede acordar un juez). La *ITC* es un cuerpo público establecido por *Broadcasting Act 1990* para que se encargue de autorizar y regular la televisión financiada comercialmente. La *Broadcasting Act 1990* establecía entre las funciones de la *ITC*, la de preparar y hacer cumplir un código que establezca los estándares o normas de programación y las prácticas. Entre las cuestiones cubiertas por este código se

un desplazamiento de los mecanismos de tutela: pasando del tradicional recurso judicial a la creación de comisiones nacionales a las que se les atribuye ciertas obligaciones y se les reconoce poderes de regulación²⁹⁸. Ahora bien, el contexto legal y regulador inglés no deja mucho margen para la actuación efectiva de estas comisiones, pues cualquiera de ellas carece de eficacia ejecutiva directa o propia por lo que finalmente la opción última siempre será acudir a los tribunales y aplicar la norma correspondiente (generalmente a través de la *action breach of confidence*^{299 300} o la acción por

encuentra las relativas a la intimidad. Correspondientemente, esta comisión será la encargada de juzgar sobre aquellas quejas fundamentadas en este código y, si confirma la existencia de una violación, puede imponer sanciones, como por ejemplo exigir disculpas públicas, emitir multas o revocar licencias. Finalmente, la PCC es un cuerpo no estatutario establecido por la industria de los medios de comunicación escritos, con un claro objetivo de autorregulación. La PCC maneja un código profesional voluntario, este código incluye provisiones relacionados con la intimidad. Si se considera que un periódico atenta con lo establecido en este código, este medio debe publicar el juicio del PCC. Si bien, el PCC carece de potestad, pues no está dotado de ningún poder legal para prevenir la publicación de material, hacer cumplir sus normas o conceder cualquier remedio legal a los reclamantes o denunciantes.

²⁹⁸ Este desarrollo se antojaba esencial para algunos autores en materia de vigilancias a los individuos, en particular de vigilancias inapropiadas de las que no tenían conocimiento los sujetos, así como para proporcionar una solución práctica a la pregunta de cómo resolver los casos complicados en los que la vigilancia puede estar justificada, sin defraudar su posible propósito por su revelación de las personas implicadas. *Vide*, C. McCrudden, “La protección de los derechos humanos en el Reino Unido”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº 1-2, 1993-1994, pp. 427-454, en esp. p. 437.

²⁹⁹ Ampliamente sobre la protección de la información confidencial desde el punto de vista del sistema inglés, con análisis de lo que debe entenderse como información confidencial, el alcance de la obligación de confidencialidad (en particular en el ámbito de las relaciones laborales y con el Estado), duración de la obligación y lesión de la misma, así como las posibles exenciones y medidas de tutela (*defences* y *remedies*) frente a su conculcación, *vid.* T. Aplin, L. Bently, P. Johnson y S. Malynick, *Gurry on breach of confidence*, 2ª ed. Oxford, 2012.

³⁰⁰ Para el caso de aplicarse la *tort of confidence*, la Cámara de los Lores en el asunto *A.G. v. Guardian Newspaper Ltd (Nº2)*, ya referido, resumió en tres los tradicionales elementos fundamentales, generalmente aceptados, de la *law of confidentiality*: 1) la información debe tener la necesaria calidad de confidencialidad sobre la misma, 2) la información debe haber sido emitida en circunstancias que lesionan una obligación de confidencialidad y, 3) debe haberse realizado un uso no autorizado de aquella información en perjuicio de la parte sobre la que se informa/comunica. No obstante, aun dándose todos estos elementos la publicación de la información podría ser posible si se aplica el interés público. Respecto de los requisitos para la concurrencia de estos tres elementos de la confidencialidad y su desarrollo doctrinal *vide*, H. Fenwick, *Civil Liberties...*, *op. cit.*, pp 566-577.

divulgación, según los casos).

Los tribunales ingleses para reconocer al perjudicado en sus derechos de la personalidad (de los referidos en el art. 8 CEDH) la posibilidad de pedir una indemnización por los daños, recurren a la doctrina del TEDH dictada en relación con las obligaciones derivadas del art. 13 CEDH para los Estados parte (al no estar incluida esta posibilidad en la Sección 8ª de la *HRA* de 1998 -*judicial remedies*-). La jurisprudencia del TEDH es clara: es suficientemente seria la lesión de un derecho recogido en la CEDH para que el demandante encuentre una acción (*claim*) bajo la Sección 8ª de la *HRA* sin que sea necesario que concurra negligencia o mala fe³⁰¹.

Todas las propuesta para una específica *Tort of infringement of privacy* que se han planteado hasta ahora han previsto un número de posibles exenciones -*defences*- que el demandado pueda alegar en su caso para eximirse de la posible responsabilidad. En términos generales, estas han sido de dos clases: específicas y generales. Dentro de las específicas se ha incluido el consentimiento, el privilegio por ley (*legal privilege*), por legítima autoridad o ausencia de premeditación. Este tipo de defensas claramente serían necesarias en caso de que finalmente se optase por introducir una *Tort* en este sentido³⁰². Si bien existe una importante reticencia a la hora de introducir como exención general el interés público³⁰³, sí sería admisible, siempre que estuviera totalmente

³⁰¹ Lo que resultaba imposible antes de la *HRA*. Puede verse esta tendencia en el caso *Kaye v. Robertson*, donde la divulgación de una foto con entrevista del recurrente en el hospital tras un accidente de automóvil por la Corte no se consideraba una vulneración de la intimidad, ya que en la Ley Inglesa no “hay derecho a la privacidad, y en consecuencia no hay derecho de acción por vulneración de la privacidad personal”; (1991), FSR 62, Corte de Apelación. Históricamente la forma de garantizar un cierto grado de protección de la privacidad se hacía, vía indirecta, a través de la acción de *breach of confidence*. Vide, G. Dworkin, *Confidence in the Law: An Inaugural Lecture, Delivered at the University*, Southampton, 1971; F. Gurry, *Breach of confidence*, Oxford, 1984, pp. 143-158. Además de con la conjugación de distintas normas -según correspondiera-, fundamentalmente la *Defamation, Malicious and Falsehood, Trespass, Nuisance, Protection for Harassment Act 1984, Data Protection Act 1984, Data Protection Act 1998* y el *Codes of Practice of the Press Complaints Commission and Broadcasting Commission*.

³⁰² Para ver distintas propuestas de exenciones específicas para una futura *Tort* frente a lesiones de la privacidad véase, Hepple, Howarth & Matthews, *Tort- Cases & Materials*-, *ob. cit.*, pp. 1006-1007.

³⁰³ No obstante, en el asunto *Campbell v. MGN Ltd* (2003), QB 633, CA (61), la Corte de Apelación determinó que aunque el test del interés público no es el mismo cuando se está ante un

detallados los supuestos, la exención por descubrimiento justificado de información personal (por ejemplo para prevenir un crimen, detener al culpable, para garantizar la seguridad o salud pública, etc.)³⁰⁴.

65. Cuando la *Tort* sea por difamación será la *Defamation Act* de 1996 la que reglamente toda la materia en supuestos de difamación en el sistema inglés. Esta norma incluye disposiciones que regulan las principales cuestiones, como son las referentes a la determinación los responsables (legitimación pasiva) y, en ese sentido, los estándares mínimos que han de tenerse en consideración según los medios de difusión o publicación utilizados para no incurrir en responsabilidad por difamación –en particular, en lo que se refiere al uso de ordenadores y telecomunicaciones a través de Internet-. Se concreta igualmente aquí a quién/es les corresponde la legitimación activa en el ejercicio de esta acción al afirmar que cada persona tiene derecho a su buen nombre y reputación (por otros sujetos) y, en su caso, tiene derecho a demandar si su reputación es menospreciada por declaraciones difamatorias hechas sobre él por una tercera persona/s cuando no exista justificación legal. Se reconoce a los titulares de este derecho la posibilidad de ejercitar acción judicial frente a supuestos de difamación (*libel* y *slander*) o falsedad malévola (*malicious falsehood*)³⁰⁵. Los elementos esenciales para que pueda apreciarse que existe “falsedad malévola” y justifique la interposición de demanda en este extremo son básicamente tres: que el que resulte demandado haya publicado palabras o manifestaciones sobre el demandante que son falsas, que dichas

supuesto de difamación y por el demandado se alega la existencia de un *qualified privilege*, que en los supuestos de *breach of confidence* (acción para reclamar frente a la violación del *right to privacy*), sí que entiende que existen claros paralelismos. Este no es el único supuesto en el que la Corte de Apelación reconoce la existencia de estos paralelismos. Por poner algunos ejemplos recientes: *vide*, asunto *Jameel v. Wall Street Journal Spri* (2005) QB 904, CA (87), en este caso la Corte en lo que se refiere a los casos sobre privacidad, ilustrándose en el asunto *A v. B Plc* (2003) QB 195, CA, afirma que la proposición de la *Reynolds defence* (interés público de la información) –doctrina establecida por la Cámara de los Lores en el asunto *Reynolds v. Times Newspaper Ltd.*, 28 de octubre de 1999- sólo contempla la publicación de materias de interés público, no de materias que son interesantes para el público.

³⁰⁴ En este sentido, Hepple, Howarth & Matthews, *Tort- Cases & Materials-*, *ob. cit.*, p. 1007.

³⁰⁵ La *defamation* es distinta de la *tort of malicious falsehood* porque esta última se comete incluso si la reputación no resulta “manchada”. *Vide*, C. Duncan, B. Neil, *Duncan and Neil on Defamation*, 3ª ed, Londres, 2003, p. 3. Y entre la jurisprudencia, resulta ilustrativa la sentencia dictada en el asunto *Joyce v. Segupta* (1993) 1 WLR 337. Para un estudio jurisprudencial de la distinción entre *defamation* y *malicious falsehood*, véase, T. Weir, *Casebook on Tort*, 10ª ed., Londres, 2004, p. 580.

manifestaciones falsas hayan sido publicadas maliciosamente y que el daño concreto producido haya sido consecuencia o resultado directo y natural de su publicación -relación directa de causalidad-³⁰⁶.

2. Consecuencias económicas de la lesión de los derechos

66. La lesión de los derechos de la personalidad supone, en términos generales, que se origine responsabilidad civil extracontractual por parte del agente causante del daño, lo que va a obligar a indemnizar al titular del derecho vulnerado (daños por pérdidas no pecuniarias). Esto es, el sistema de protección de los derechos de la personalidad se basa en la idea de acto ilícito productor de daño (ilícitos civiles). Su condición de derechos personalísimos determina los mecanismos de tutela de manera que destaca más la protección que tiene el titular frente a los posibles ataques que los poderes o facultades de los que dispone (contenido positivo del derecho). Como las reglamentaciones materiales nacionales tienden por lo general a prevenir y resarcir en caso de violaciones a estos derechos, se tiende a incluir esta materia dentro de las obligaciones extracontractuales (lo que difiere de un ordenamiento jurídico a otro, y por lo tanto incide de manera importante a la hora de elegir el Derecho aplicable a estas relaciones, es el alcance y tratamiento de estas responsabilidades). En particular, la función que cumple en cada ordenamiento el sistema de responsabilidad civil puede ser distinta, básicamente: reparar (o resarcir), castigar, prevenir e incluso distribuir (para las relaciones entre empresarios y consumidores)³⁰⁷. Y no todos los Derechos nacionales van a admitir o reconocer eficacia dentro de sus fronteras de resoluciones extranjeras condenatorias, principalmente cuando las consecuencias económicas impuestas por la sentencia extranjera cumple una función distinta a la del foro (como es el caso de los daños punitivos -*punitives damages*- en el Derecho anglosajón que por lo general no son reconocidas por los sistemas de Derecho continental). Mientras que la reparación aspira a reconstruir -para el damnificado- la situación preexistente a la producción del hecho dañoso, mediante la asignación de un conjunto de utilidades de carácter económico que

³⁰⁶ Véase al respecto, asunto *Kaye v. Robertson* (1991), Fleet Street Reports 62.

³⁰⁷ A. Tunc clasifica la diversificación de las funciones de la responsabilidad civil en prevención de conductas antisociales, indemnización de la víctima, diluir la carga de los daños y garantizar los derechos de los ciudadanos. *Vid.*, A. Tunc, *La responsabilité civile*, París, 1981, pp. 133 y ss.

lo compensen de la pérdida, y que eliminen la situación desfavorable creada por el ilícito –daño-³⁰⁸. Por su parte, la prevención lo que busca es evitar la producción de eventos dañosos para terceros induciendo el comportamiento de los sujetos –mediante la adopción de medidas adecuadas para dicha persuasión-. Los sistemas punitivos o de sanción suponen que la imposición de una suerte de sanción sobre el agente causante del hecho dañoso. Los sistemas de distribución suponen que la regulación que se hace de la responsabilidad hace que ésta recaiga en algunas personas que son capaces de soportarlo en virtud de la actividad que viene desarrollando (empresarial) y de la consiguiente posibilidad de redistribuir entre otros (consumidores) ese daño resarcido³⁰⁹.

En el ámbito de los daños a la persona (bienes de la personalidad) la función reparadora es la más extendida, la que va cogiendo más protagonismo³¹⁰. Para concretar la explicación funcional del resarcimiento, la tendencia general -en la mayoría de los ordenamientos- es la de abandonar la atención a aspectos tales como la punición y el “hacer justicia”, se reinterpretan aspectos como el preventivo y se toman en consideración nuevos aspectos como el control social³¹¹. Ahora bien, dentro del ámbito de los daños no patrimoniales -donde se encajan los daños a la persona- no existe un método exacto para valorar cuanto vale un honor lesionado, una reputación violentada, etc. En consecuencia, difícilmente se puede realizar la operación del cálculo del importe de la indemnización en atención a la reparación del daño. En este sentido, cuando se están estableciendo las cuantías indemnizatorias resulta particularmente complicado

³⁰⁸ En particular, en el ordenamiento italiano además se reconoce la denominada reintegración “en forma específica” a petición expresa (requerimiento) del damnificado, con el único límite de aquellos supuestos en que dicha reintegración resulte excesivamente onerosa para el agente causante del daño. En este sentido, véase, L. Corsaro, “Responsabilità civile I) Diritto civile”, *Enc. Giu. Trecanni*, Vol. XXVI, Roma, 1991, p. 2 (de la separata).

³⁰⁹ *Ibid*, p. 3.

³¹⁰ Se ha llegado a afirmar que toda la temática de la persona gira en torno a ella. *Vid.*, M. Franzoni, “I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile”, *Contratto e impresa*, Vol. 25, N°. 1, 2009, pp. 1-23. En el Derecho inglés el remedio general en el caso de acción por difamación son los “*compensatory damages*”. Además, la responsabilidad civil resarcitoria es el instrumento técnico del que se ha servido tradicional la jurisprudencia para fundamentar una protección autónoma e independiente de la persona (de los derechos de la personalidad).

³¹¹ *Vid.* C. Salvi, “La responsabilità civile”, en *Trattato de Diritto Privato*, G. Ludica, P. Zatti (dir.), Milano, 1998, pp. 19-20.

saber cuándo obedecen a una función compensatoria/reparadora y cuando ya pasan a ser punitivas (lo que en el Derecho anglosajón correspondería a la dualidad entre los *compensatory damages* y *punitive damages*).

67. No todos los sistemas nacionales otorgan el mismo tratamiento jurídico a los derechos de la personalidad (como se ha visto, optando entre derechos subjetivos o derecho general) y esto no solo incide en los mecanismos de tutela –y sus requisitos– sino también en la actividad probatoria de las partes. Es decir, cuando se trata de una concepción estrictamente resarcitoria de la responsabilidad civil extracontractual, el lesionado únicamente podrá acudir a los tribunales cuando su intimidad, imagen u honor haya sufrido un daño y deberá entonces probar: la falta (acción u omisión) del demandado, el perjuicio sufrido y la relación de causalidad entre la falta y el perjuicio. Cuando la vida privada –en general, o cada uno de estos derechos de la personalidad, en particular– se configuran como un derecho subjetivo, el demandante podrá ejercitar la acción resarcitoria correspondiente sin tener que probar aquellos extremos, pero además junto a ésta dispondrá de otras medidas preventivas. La calificación de delictual de las lesiones a los derechos de la personalidad es apoyada por la doctrina, y respaldada por la práctica nacional expresa de algunos Estados. Es el caso del Derecho Suizo donde los atentados contra la personalidad (*atteinte a la personnalité*) se encuentran incluidos en la Sección del Derecho de obligaciones que se encarga de los “Actos ilícitos” (art. 139 Código Civil suizo). Las medidas que el titular puede ejercitar en este sentido son de variada naturaleza, destinados todos ellos a asegurar la protección de la personalidad³¹². Se trata de medidas de prevención, de cesación y de reparación (esto es, resarcitorias, preventivas, procesales y materiales). Para que puedan interesarse estas medidas es necesario que se verifique el ilícito, y para ello es necesario que el atentado no haya sido consentido por la víctima, no esté justificado por un interés público o privado preponderante, o por la ley.

³¹² De conformidad con los artículos 28 a 28 k del Código civil suizo, según modificación de la Ley federal de 16 de diciembre de 1983 –en vigor desde el 1 de julio de 1985, la expresión “pretensiones” engloba un conjunto de medios de distinta naturaleza dirigidos a la protección de la personalidad. Respecto de las medidas concretas y su naturaleza, *vide*, A. Bucher, “Les actes illicites dans le nouveau droit international privé suisse”, en F. Dessemontet (ed.), *Le nouveau droit international privé suisse*, Lausana, 1988, pp. 107-148, en esp. p. 137.

En definitiva, en cada ordenamiento jurídico nacional la adscripción de la protección de estos derechos se determina de conformidad con las funciones de la responsabilidad civil extracontractual. En este sentido, corresponderá una adscripción cumulativa de la protección de la persona al estatuto personal –o estatuto real³¹³- y al estatuto delictual, o bien exclusivamente al estatuto delictual, dependiendo de si la responsabilidad civil cumple exclusivamente una función resarcitoria o otras funciones tradicionalmente vinculadas al derecho patrimonial. En aquellos ordenamientos jurídicos donde la responsabilidad civil cumple exclusivamente una función resarcitoria del daño -como es el caso del Derecho italiano³¹⁴-, existe una tendencia a distinguir entre la sanción resarcitoria del daño y la propia existencia, contenido y límites del derecho subjetivo. En estos sistemas jurídicos las medidas de protección resarcitorias corresponden técnicamente con la responsabilidad extracontractual y las medidas preventivas con el derecho subjetivo³¹⁵. Así, en el ordenamiento italiano únicamente la imagen goza de protección preventiva, mediante la acción de cesación por exposición o publicación no consentida por el titular, al constituir un derecho subjetivo tipificado (art. 10 Código civil italiano). En esta misma línea se encuentran los ordenamientos jurídicos francés y español, al reconocerse la misma función resarcitoria (art. 1382 Código civil francés, y art. 1902 Cc en España). No obstante, en estos sistemas no puede afirmarse que existe esa única función resarcitoria para la responsabilidad civil a la vista de las regulaciones materiales específicas. En estos casos se está necesariamente a la calificación obligacional por dos razones. Por un lado, en atención a la unidad teleológica de las reglas de protección de la persona y; por otro, en razón a una necesaria articulación de las medidas previstas para la protección de estos bienes (preventivas, resarcitorias o de cesación)³¹⁶.

³¹³ Dado que la noción de derecho subjetivo puede ser patrimonial o personal.

³¹⁴ De conformidad con el art. 2043 del Código civil italiano la función de la responsabilidad es resarcitoria: “Cualquier hecho doloso o culposo, que ocasione a otro un daño injusto, obliga al que lo ha cometido a resarcir el daño.”

³¹⁵ En este sentido el sistema italiano distingue entre estatuto personal y estatuto delictual, según se trate de la determinación de la existencia y del contenido del derecho a la privacidad (facultades conferidas) o de la reparación de los daños causados a ese bien jurídico (reglas resarcitorias).

³¹⁶ *Vid.*, M. Eslava Rodríguez, *La protección civil ...*, *ob. cit.*, p. 105.

68. En el Derecho español la terminología derechos o bienes de la personalidad hace referencia a un concepto jurídico en el que se insertan distintos intereses cuya conculcación va a reputarse como atentados a la persona. La protección civil de estos derechos no viene prevista en el Código civil español, aunque se trata de una cuestión clásica del Derecho de la persona, y esta laguna ha sido suplida por la jurisprudencia dentro del ámbito de los daños morales³¹⁷. La protección que en el ordenamiento español se otorga a estos derechos de la personalidad de forma conjunta -por su carácter común como derechos personalísimos e intransmisibles-, se realiza a través del art. 1902 Cc., de la LO1/82 y de la LOPD. El art. 1902 Cc. se aplica tanto en el ámbito civil como en el penal³¹⁸. Si la conculcación de cualquiera de estos derechos se encuentra tipificada en

³¹⁷ Aunque para cierta doctrina en la jurisprudencia española no existe una teoría clara que permita afirmar una concepción concreta sobre el daño moral. Si bien, el TS siempre ha admitido la existencia de daño moral cuando el bien jurídico lesionado coincide con la integridad moral (honor personal, honor profesional, honor de persona jurídica -u honor mercantil-, es decir, para la tutela del derecho al honor como derecho de la personalidad), la vida, la integridad física y el ámbito psicoafectivo. *Vide*, SSTs de 28 de febrero de 1959 y de 28 de febrero de 1964. En dichas resoluciones el TS formula una noción de daño moral en el aparece identificado con los bienes de la personalidad, si bien el alto tribunal termina asignando a la indemnización pecuniaria y la función de la compensación de los sufrimientos de la víctima, de esta forma hace recaer el objeto del daño moral -extrapatrimonial- sobre uno de los aspectos de la personalidad, el psicoafectivo, en vez de los bienes o derechos de la personalidad. Por ello, R. López García propone una definición de daño moral: “Resultado perjudicial que tiene por objeto la lesión o menos cabo de alguno de los bienes o derechos correspondientes al ámbito estrictamente personal de la esfera jurídica del sujeto de derecho, que se resarcan por vía satisfactoria bajo el criterio equitativo del juez”. *Cf.* R. López García, *Responsabilidad civil por daño moral*, Barcelona, 1990, pp. 80-91.

³¹⁸ Si bien, cuando la lesión de estos derechos es constitutiva de ilícito penal se cuestiona la naturaleza del ámbito de aplicación de las normas sobre responsabilidad civil cuando estas sean aplicadas en el orden penal. En este sentido, existen posturas encontradas. Por un lado, en opinión de L. Garau Juaneda, se trata de una incorporación por referencia que atribuye a estas normas civiles el ámbito de aplicación de las leyes penales. *Vide*, L. Garau Juaneda, “Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito civil”, *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho internacional público y Derecho internacional privado*. XIII Jornadas de profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Alicante, 1989, pp. 414-416. Por el contrario, M. Amores niega que una misma pretensión deba ser resuelta conforme a ordenamientos distintos según el orden jurisdiccional al que corresponda. De tal forma que la responsabilidad civil por ilícito penal tiene idéntica naturaleza jurídica e idéntico fundamento que si se derivara de ilícito civil. M. Amores Conradi, “Obligaciones extracontractuales”, en J. D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado*,

el Código Penal como delito, junto con la pena o sanción penal prevista se establece la obligación del condenado de reparar el daño extramatrimonial causado a la víctima. Si la lesión no se encuentra tipificada penalmente, la sanción vendrá determinada directamente por la fórmula genérica del art. 1902 Cc³¹⁹. El art. 1902 Cc contiene una regla general que no se gradúa en función de la gravedad de la conducta o de la reprobabilidad del responsable, sino con arreglo a la entidad del daño. De esta forma se genera el derecho subjetivo a obtener una reparación a favor del perjudicado. No obstante, aunque por lo general cuando se habla de estos derechos de la personalidad su carácter extramatrimonial condiciona la forma normal de reparación frente a su lesión, esto es, mediante la indemnización del *id quod interest*, que consiste en una compensación de naturaleza económica (como un simple equivalente, una compensación del daño producido al perjudicado), de forma excepcional respecto de determinados aspectos de estos derechos caben ciertos actos de disposición por su titular, lo que también va a marcar su reparación.

De manera similar al ordenamiento español en el Derecho francés las infracciones de la reputación o invasiones de la privacidad tienen reconocida una compensación por daños morales. En términos generales, todas las víctimas cuyos derechos de la personalidad³²⁰ hayan sido infringidos pueden demandar al agente causante del daño bajo el art. 1382 del Código civil francés. La existencia del daño en principio recae sobre el demandante. No obstante, la existencia del daño es normalmente inferida de la propia infracción, y de conformidad con el art. 9 (privacidad) la Corte de Casación ha sentenciado que es suficiente que la víctima establezca el hecho de la invasión, lo que es en si mismo constitutivo tanto de la culpa y del daño requerido para la aplicación del art. 1382.

69. La compensación de las pérdidas no pecuniarias -y pecuniarias- frente a la infracción de la reputación, la intimidad o la propia imagen viene reglamentada en el

parte especial, 6ª ed., Madrid, 1995, pp.209-214, en esp. p. 214.

³¹⁹ Este precepto obliga a todo aquel que, por acción u omisión, causa daño a otro, interviniendo cualquier género de culpa o negligencia, a reparar el daño causado a otro. Se trata de una responsabilidad civil extracontractual compensatoria o resarcitoria.

³²⁰ En esta categoría están incluidos por ejemplo el derecho al nombre, el derecho a la propia imagen, derecho a la identidad personal, etc.

sistema español en el art. 9.3 LO1/82. Este artículo presume la existencia de pérdidas no pecuniarias dado que todas las lesiones de estos derechos conllevan este tipo de pérdidas³²¹. Se establece en este precepto cuatro reglas o criterios que han de tenerse en consideración para el cálculo del *quantum* indemnizatorio³²²: 1) las circunstancias del caso; 2) la severidad de las lesiones realmente sufridas, para lo que se tendrá en cuenta, si fuese aplicable, la circulación o audiencia del medio a través del cuál se llevó a cabo la infracción/lesión y; 3) las ganancias obtenidas por el responsable con la lesión/infracción. La doctrina legal ha establecido otro criterio que completa los anteriores y que se desarrolla al mismo tiempo en tres criterios. Se trata de un criterio subjetivo que se refiere o al agente causante del daño o a la víctima: 4) grave negligencia o intención del agente del daño que contribuyera a incrementar el mismo y consecuentemente la indemnización; 5) la reputación de la víctima, que podría rebajar el importe de la indemnización si ya era realmente mala o incluso prevenirlo³²³ o 6) provocación del agente del daño por la víctima previa a la lesión, lo que podría reducir el importe de la indemnización. Un criterio objetivo que puede tenerse en cuenta para disminuir la cantidad de las pérdidas no pecuniarias viene referido a si la víctima ha obtenido también alguna compensación *in natura* (art. 9.2) como por ejemplo la publicación de la decisión judicial condenatoria de la lesión o el ejercicio del derecho de réplica³²⁴.

En cualquier caso, en el sistema español no existe tarifas o máximas -o mínimas³²⁵- en cuanto a los importes indemnizatorios por lesiones a la reputación o a la privacidad (aunque no existe al respecto ningún supuesto jurisprudencial en el que se

³²¹ En este sentido, M. Martín Casals, *El mercado de las ideas, ob. cit.*, pp. 384-387.

³²² Art. 9.3º: “La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”.

³²³ Se habla de la doctrina de la prueba del libelo por el demandante. Cf. M. Martín-Casals, J. Ribot, J. Solé, en W. V. Horton Rogers (ed.) *Damages for...*, *loc. cit.*, p. 220.

³²⁴ *Ibid.*, p 221.

³²⁵ Puede verse supuestos en los que el TS ha reconocido indemnizaciones simbólicas (por daño moral), por el importe de 1 peseta. *Vid.* STS de 23 de febrero de 1989 (RJ nº 1250). Pero esta tendencia ha sido posteriormente rehusada por el propio TS, como ocurre en la STS de 17 de octubre de 1996 (RJ nº 7506).

haya reconocido por este concepto una indemnización superior a 60.101 €³²⁶). En términos generales esto mismo ocurre en el Derecho inglés, que en la mayoría de las categorías de situaciones que generan responsabilidad extracontractual son demasiado diversas para admitir ninguna “tarifa”. Sin embargo, la difamación -y las acciones contra la policía- son una excepción. En este sentido se habla de la existencia de un “range” (o rango) de daños para pérdidas no pecuniarias en casos de lesiones a derechos personales, que va desde el reconocimiento de indemnizaciones nominales a simbólicas³²⁷. La indemnización más alta que en la jurisprudencia inglesa se ha reconocido en casos de difamación o libelo (en términos nominales) es de 2,5 millones de euros en el asunto *Aldigton v. Tolstoy Miloslavsky*, aunque posteriormente fue declarado excesivo por el TEDH³²⁸. Ahora bien, antes de que el asunto llegue al TEDH la Corte de Apelación ha mostrado siempre una actitud más intervencionista reduciendo sustancialmente el importe de las indemnizaciones establecidas en primera instancia por el jurado desde 1980³²⁹. En el Derecho francés tampoco es probable que se haya desarrollado en casos de daños personales unas tarifas judiciales, y, en líneas generales, las indemnizaciones no son muy importantes. Parece que éstas varían entre 10.000 y 200.000 francos franceses³³⁰ en los casos de invasión de la privacidad (importe que

³²⁶ Puede verse distinta jurisprudencia del TS y TC sobre las cuantías indemnizatorias que se han reconocido en distintos supuestos de lesión de la reputación y/o intimidad. M. Martín-Casals, J. Ribot, J. Solé, en W. V. Horton Rogers (ed.) *Damages for..., loc. cit.*, pp. 232-233.

³²⁷ Por ejemplo la indemnización de un penique establecida por el tribunal en el asunto *Reynolds v. Time Newspaper*, (1998) 3 All ER, 961. Para ver un resumen del devenir jurisprudencial más reciente en esta materia, con expresa mención de los importes reconocidos en primera instancia y posteriormente reducidos en apelación. Vide, W.V. Horton Rogers (ed.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Viena, 2001, pp. 80-81 (párr. 72-73).

³²⁸ *Tolstoy Miloslavky v. UK*, (1995) 20 EHRR, 442. En este caso el demandante nunca ha recibido nada por los daños ni mucho de las costas.

³²⁹ Vide, por ejemplo el asunto *Rantzen v. Mirror Group Newspaper*, (1994) QB, 670. Sobre la base de la sec. 8 de la *Courts and Legal Services Act* 1990, que le da a la Corte el poder para sustituir una figura de daños más que (o antes) de simplemente ordenar un nuevo juicio. Sin embargo, claramente el jurado tiene algún margen de apreciación en la materia por lo que en caso de que las Cortes utilicen la posibilidad de la secc. 8 esta actitud siempre es debatible. Véase, por ejemplo la posición disconforme de Henry LJ en el asunto *Clark v. CC Cleveland*, en *The Times*, 13 de Mayo, 1999, CA. Referenciado en W.V. Horton Rogers, *Damages for..., ob. cit.*, p. 80, en nota 136.

³³⁰ Aunque hay sentencias que reconocen por daños morales importes superiores. En este sentido, en 1989, M. Bernard Tapie fue indemnizado por daños morales en 400.000 Francos franceses, en

resulta revisable en apelación pero no en casación). Aunque en principio el *quantum* de las indemnizaciones solo depende de la extensión de la pérdida, en la práctica es también probable que se afecte por la conducta del demandado. Esto es, en algunos casos, como por ejemplo la invasión de la privacidad, existe una opinión generalizada de que la indemnización por pérdidas no pecuniarias incluye una cobertura del elemento punitivo³³¹.

Por su parte, en el Derecho alemán ante supuestos de infracción de la reputación o la invasión de la privacidad -es decir, la infracción del denominado derecho general de la personalidad- desde 1958 es sancionado por los tribunales alemanes con el establecimiento de indemnizaciones³³². Este derecho general de la personalidad permite a su titular tener una personalidad respetada no solo por las autoridades estatales sino también en la esfera privada proveyendo las bases legales para obtener una indemnización por daños en caso de infracción de la reputación y la invasión de la privacidad, donde no existen provisiones especiales para la protección de ciertos aspectos como el nombre³³³ o el privilegio como la propia imagen³³⁴. Aunque se han presentado distintas iniciativas legislativas con el objeto de incluir los daños por infracciones del derecho general de la personalidad que conlleve la modificación del Código Civil alemán³³⁵. Los daños a la personalidad en el sistema nacional alemán pueden ser indemnizados bajo dos condiciones. En primer lugar, es necesario que no

una acción incoada contra M. Jean-Edern Hallier -director de la revista *L'Idiot international*-, por difamación, insultos e invasión de la privacidad. Tribunal de Grande instance de Paris, 5 de julio de 1985, Gazette du Palais (G.P.) 1, 418.

³³¹ Vide, W.V. Horton Rogers, *Damages for...*, *ob. cit.*, pp. 106-107.

³³² Véase, asunto *Herrenreiter*, BGHZ 24, 349. En el asunto de referencia una fotografía del demandante fue utilizada en un anuncio de una medicina sobre problemas sexuales sin su consentimiento. También puede verse BGHZ 13, 334, donde el tribunal analiza el desarrollo del derecho general de la personalidad, en particular en relación con los medios de comunicación -libertad de información-, donde finalmente fue publicada la carta de rectificación redactada por el abogado del demandante por el periódico demandado por un artículo relativo al demandante -evocando para ello la expresión privacidad, que fue admitida por el tribunal-.

³³³ §§ 12, 823 subs. 1 BGB.

³³⁴ También denominado *Recht am eigenen Bild*. Vide, §§ 22 KUG, 823 subs. 1 BGB. Norma relativa al *copyright* para trabajos de arte y fotografía.

³³⁵ Puede verse las distintas iniciativas, en 1959 y 1967, en W.V. Horton Rogers, *Damages for Non...*, *ob. cit.*, p. 121, en nota 107.

existan otras medidas que podrían reestablecer plenamente el interés del demandante - por ejemplo, la rectificación, la revocación de una afirmación errónea conjuntamente con una prohibición judicial de más repeticiones, etc.-; por lo tanto, la indemnización monetaria es el último remedio (carácter subsidiario). En segundo lugar, la infracción debe ser grave, lo que depende de muy diversos factores, entre otros: la naturaleza y extensión de la invasión (por ejemplo por el medio de difusión utilizado: Internet, radio, periódicos, etc.); el tipo de esfera personal invadida -y en este sentido los daños pueden ser denegados si la víctima ha provocado la infracción exponiendo su propia esfera íntima o privada³³⁶; el grado de culpa (negligencia o dolo); o las motivaciones para la invasión (v. gr. intereses económicos). Le corresponde a los tribunales analizar cada uno de estos factores para cada caso concreto con bastante flexibilidad³³⁷. Si bien, cuando se trata de publicaciones por los medios de comunicación los tribunales deben tener en consideración a la hora de determinar la cuantía de los daños la libertades de prensa e información constitucionalmente garantizados. Las indemnizaciones por la infracción de las distintas manifestaciones del derecho general de la personalidad en Alemania oscilan entre distintas cantidades, aunque generalmente no superan los 100.000 euros. Estos importes pueden ser revisados en apelación solo si el tribunal que juzgó hubiera indemnizado daños transgrediendo los límites establecidos previamente en casos similares o el tribunal hubiera desatendido las reglas bien conocidas de la lógica, la ciencia o la experiencia.

70. Especial referencia merece la naturaleza de los daños que en caso de lesión de los derechos de la personalidad -en particular, en caso de difamación- otorga el sistema inglés, pues se aleja bastante de las previsiones que en este sentido establecen los sistemas continentales -lo que podría plantear problemas de orden público ante eventuales reconocimientos de las decisiones judiciales-. En el Derecho inglés el remedio general en el caso de acción por difamación son los “*compensatory damages*”,

³³⁶ El Derecho constitucional alemán ha desarrollado tres esferas incrementando los grados de protección: a) la esfera individual la cual protege el derecho general a la autodeterminación; esta esfera está afectada en todas las relaciones entre el individuo y la sociedad; b) la esfera privada, que protege la vida privada de el individuo, y; c) la esfera íntima, que protege los pensamientos individuales, sentimientos, corazonadas, incluso las manifestaciones externas de los sentimientos (como cartas o diarios), y demás cuestiones relativas al individuo por ejemplo, vida sexual, estado de salud, etc..

³³⁷ BGHZ 24, 72 (78 y siguientes).

si bien, se prevén otros remedios aplicables -gradualmente en función de la gravedad de los daños ocasionados-, que son de menor a mayor gravedad: los *aggravated damages* y los *exemplary damages*, que completan los daños compensatorios cuando así lo considera el tribunal³³⁸. En cualquier caso, la jurisprudencia tiene como límite que el importe máximo que se reconocerá en concepto de daños morales -en cualquier ámbito- será de 350.000 £. La aplicación o reconocimiento por la doctrina de este tipo de *damages*, no solo puede realizarse sobre el autor material de las declaraciones difamantes, sino que es posible aplicarse a los intermediarios. En este sentido cabría aplicar los denominados *exemplary damages* contra los intermediarios si por estos se obtienen beneficios de las declaraciones vertidas³³⁹. El sistema previsto en otros ordenamientos anglosajones del entorno es similar al inglés, aunque con sus particularidades. Por ejemplo en la República Irlandesa la *Irish Defamation Act* de 2009 se prevé la posibilidad de establecer además de daños generales, especiales e incluso punitivos, condenar al demandado al pago de *aggravated damages* cuando la gravedad del atentado a la reputación así lo justifique para el tribunal, en cuantía que considere suficiente para compensar el agravamiento del daño causado³⁴⁰.

³³⁸ Un ejemplo donde el tribunal condenó al pago de *exemplary damages* al demandado junto con otro importe por *compensatory damages* puede verse en el asunto *John v. MGN Ltd.* En el asunto de referencia el cantante Elton John demandó al periódico por un artículo publicado donde se decía que estaba siguiendo una estricta dieta y que se le había visto escupir la comida en una servilleta después de masticarla sin tragar. El cantante demandó por difamación (libelo), que fue seguido en un procedimiento con jurado. En primera instancia fue condenado el demandado al pago de 350.000 £: 75.000 por daños compensatorios y 270.000 por *exemplary damages*. El demandado recurrió en apelación y la Corte de apelación redujo el importe de las indemnizaciones pero no los conceptos a un total de 75.000 £ (25.000 *compensatory damages* y 50.000 *exemplary damages*).

³³⁹ Véase en este sentido, M. Collin, *The Law of...*, *ob. cit.*, pp. 294-296. En particular, en lo que se refiere al contexto de Internet (pp. 295-296) se aborda la posibilidad de que los daños ejemplarizantes sean aplicados en los supuestos en los que el demandante es difamado por mensajes de *email*, tablones de anuncios *online* (*bulletin on board posting*), o páginas *webs*, cuando lo que se buscaba era causar daños importantes a su reputación en varios Estados, y el demandado (el intermediario) sabía o debería saber que era falsa la información. Vide. *Asuntos Reichman v. Berlin* (Corte Superior de Justicia de Ontario, Sachs J, 8 julio 2002), §§ 10 y 18; *Vaquero Energy Ltd v. Weir* (2004) 352 AR 191 (Alberta Court of Queen's Bench), §§ 18 y 26; *Barrick Gold Corporation v. Lopehandia* (2004) 71 OR (3d) 416, §§62, 64.

³⁴⁰ Vide, *Irish Defamation Act*, 2009, Part. 2. *Remedies*, sección 32.

CAPITULO II

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL: FUEROS GENERALES

I. Marco general

1.- Regímenes normativos

1. Lo más característico de este sector de daños es la ausencia de normas internacionales e institucionales específicas en la materia que regulen la competencia judicial internacional³⁴¹ -a diferencia de lo que ocurre con otros supuestos de obligaciones extracontractuales, como por ejemplo los daños al medio ambiente, sector donde coexisten una pluralidad de convenios especiales³⁴² -, y esta ausencia también es patente en la mayoría de los sistemas de DIPr. autónomos, como es el caso del Derecho español, pues el régimen autónomo de competencia recogido en la LOPJ (art. 22 para el orden jurisdiccional civil) no prevé regla específica para estos supuestos³⁴³-. En ausencia

³⁴¹ Y aunque tampoco existen reglas de competencia especiales para las actividades desarrolladas en Internet y, consecuentemente, para supuestos de violación de derechos de la personalidad en la Red, sí existe una tendencia –al menos en el marco comunitario- a una reforma procesal a nivel interno que facilite el desarrollo de mecanismos judiciales rápidos para garantizar la tutela judicial efectiva en este ámbito. Este es el sentido que debe darse a la obligación recogida en el art. 18 de la Directiva sobre Comercio electrónico, Directiva 2000/31/CE (en adelante DCE). Artículo 18: Recursos judiciales: *1. Los Estados miembros velarán por que los recursos judiciales existentes en virtud de la legislación nacional en relación con las actividades de servicios de la sociedad de la información permitan adoptar rápidamente medidas, incluso medidas provisionales, destinadas a poner término a cualquier presunta infracción y a evitar que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados.* Al respecto, vide. P. A. de Miguel Asensio, *Derecho privado...*, ob. cit., p. 110.

³⁴² Si bien los convenios sobre contaminación suscritos por España son de carácter fragmentario y sectorial, por lo que en la práctica en la mayoría de las ocasiones habrá que acudir a las normas generales de competencia judicial internacional. Para un estudio pormenorizado de los distintos convenios internacionales en materia de contaminación transfronteriza, con referencia expresa a sus ámbitos de aplicación (material y espacial) y su interacción, véase, A. Crespo Hernández, *La responsabilidad civil derivada de la contaminación transfronteriza ante la jurisdicción estatal*, Madrid, 1999, pp. 60-98

³⁴³ Y en los mismos términos, otros Estados comunitarios. Por reseñar a modo de ejemplo algunos de ellos, se hará referencia a dos de última incorporación a la UE: Rumania y Hungría. En Rumania los artículos 148 a 157 de la Ley nº. 105/1992 sobre relaciones de Derecho internacional

normas específicas que regule la competencia judicial internacional en este tipo de litigios, habrá que acudir a las normas generales de competencia para concretar el foro que conocerá de este tipo de litigios. Toda vez que la violación de los derechos de la personalidad es considerada (por la generalidad de la jurisprudencia y de las legislaciones nacionales³⁴⁴) como perteneciente al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, los fueros relativos a ésta son los aplicables ante un supuesto de lesión internacional o transfronteriza de estos derechos. A tales efectos, el análisis se centrará, por un lado -de manera conjunta-,³⁴⁵ en el Reglamento 44/2001 (en adelante RBI)³⁴⁶ y en el Convenio de Lugano (en adelante CL), que configuran el régimen europeo básico en la regulación de la competencia judicial internacional y el reconocimiento de decisiones en materia civil y mercantil y, por otro, en la LOPJ donde se recoge el régimen autónomo de competencia judicial internacional para España. El denominador común de

privado (*Legea nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat*), no prevén regla de competencia judicial internacional autónoma específica ante lesiones de derechos de la personalidad. Lo mismo ocurre en el Derecho húngaro, donde el sistema general de competencia recogido en el Capítulo IX (Jurisdicción) del Decreto ley nº. 13 de 1979 sobre Derecho internacional privado (*a nemzetközi magánjogról szóló 1979. évi 13. törvényerejű rendelet*) tampoco prevé norma específica. Por lo que en estos casos habrá que acudir a la norma general de competencia en materia de responsabilidad extracontractual prevista en el sistema común.

³⁴⁴ Véase por ejemplo el art. 101 de la Ley federal suiza de DIPr. de 1987.

³⁴⁵ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988 (*BOE* núm. 243, de 10-X-79). Este convenio ha sido sustituido por el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en lugano el 30 de octubre de 2007 (*DO* 2009 L147/5), en vigor desde el 1 de enero de 2010; suscrito entre la Comunidad Europea y los países *EFTA* (*European Free Trade Area*; también conocidas con las siglas AELC, Asociación Europea de Libre Cambio).

³⁴⁶ El denominado “Reglamento Bruselas I”, Reglamento (CE) no 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DO* 2001 L12/1). Este reglamento ha sustituido al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (*DO* 1998 C 27/3). Ahora bien, en ejercicio de su derecho de *opting out*, Dinamarca no se ha sumado al RBI, por lo que en lo que se refiere a la reglamentación de su competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de decisiones en estas materias, se regirá por el Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Bruselas el 19 de octubre de 2005 (*DO* 2007 L339/3).

todos estos textos internacionales –y el autónomo- es la ausencia de criterios de competencia específicos para estos litigios.

Esta falta de previsión de fueros específicos unido a la ausencia de uniformidad o al menos de armonización, tanto de Derecho sustantivo como de Derecho conflictual en la materia, se traduce en importantes problemas en la litigación internacional en este tipo de daños. La condición de fundamentales de los derechos que están implicados en este tipo de litigios requiere que las normas de competencia judicial internacional previstas sean las adecuadas para asegurar el acceso a la justicia en relación con la tutela de estos derechos. El binomio *forum-ius* conduce a que la determinación del tribunal competente sea una cuestión esencial, pues no solo condicionará el Derecho aplicable en función de su sistema de DIPr, sino que la ley de foro marcará los límites del posible Derecho material extranjero al que remita –mediante el eventual recurso al orden público-. Por ello, no es posible dar una visión aislada de la materia sin que necesariamente pueda recurrirse a los distintos sectores aludidos del DIPr.

2. La ausencia de normas específicas de competencia en el sistema comunitario, convencional y autónomo para conocer de las acciones de tutela frente a posibles daños a los derechos de la personalidad, resulta llamativo si se tiene en consideración la importancia de la materia tanto internacional como internamente -lo que se refleja en su tratamiento normativo³⁴⁷-. El especial carácter –fundamental- de los derechos en cuestión permitiría al menos plantear la posibilidad de recoger una regla de competencia específica para estos casos. Un importante argumento a favor de esta aproximación podría encontrarse en la recomendable protección de la parte débil de la relación (al menos en aquellos supuestos en los que el titular del derecho de la personalidad resulta perjudicado por la actividad de un profesional: un medio de comunicación). Tanto el RBI como el CL recogen fueros especiales para la protección de la parte débil de la relación -aunque si bien en el ámbito contractual, por ejemplo en los contratos de consumidores o individuales de trabajo-; lo que podría servir de fundamento para plantear la inclusión de un fuero específico para la protección de los derechos de la

³⁴⁷ En el caso de España su reconocimiento y tutela efectiva como derechos fundamentales se deriva directamente de la norma fundamental (art. 18 CE) y su desarrollo a través de Ley Orgánica (LO1/82). Y a nivel internacional y comunitario la CEDH y la CDFUE se encargan de garantizar a los ciudadanos el respeto por los Estados miembros de los derechos relativos a la personalidad.

personalidad distinto del previsto para la responsabilidad extracontractual en general (art. 5.3 RBI/CL). Además, esta distinción es clara dentro de las legislaciones internas nacionales donde es específica la acción de protección de los derechos de la personalidad en relación a la responsabilidad civil clásica. En el Derecho interno la tutela de estos derechos de la personalidad se concreta en determinadas medidas de protección, que van más allá del amparo otorgado por la responsabilidad civil clásica -lo que manifiesta claramente la importancia que para el legislador tienen estos derechos-.

Ahora bien, la protección de estos derechos a través del cauce de las normas previstas para la responsabilidad extracontractual en su conjunto cuenta también con argumentos a favor. La acción derivada de la violación de estos derechos es siempre una acción de responsabilidad en el sentido de el autor del daño sufre las consecuencias jurídicas de tal acto. La violación de estos derechos no se diferencia sustancialmente de la violación de cualquier otro derecho subjetivo, con lo que su conculcación da lugar a una acción de responsabilidad y su especificidad radica en que el derecho violado (el bien jurídico protegido) es un derecho fundamental. Lo mismo ocurre respecto de las medidas derivadas de su lesión. Tanto las medidas preventivas como las reparadoras, y tanto las patrimoniales como las extrapatrimoniales, tienen un mismo fundamento: la responsabilidad. Y el concepto actual de responsabilidad civil se extiende tanto a la reparación (ámbito tradicional de ésta), como a la prevención del daño y al cese de la intromisión ilegítima, por lo que no es necesario acudir para la protección de estos derechos al concepto de derecho subjetivo³⁴⁸.

En cualquier caso, más allá de posibles hipótesis, *ex lege data* la consecuencia directa de esta omisión es que la competencia judicial internacional deberá determinarse acudiendo a los fueros previstos para la responsabilidad extracontractual de forma genérica en los distintos sistemas –comunitario, convencional y de fuente interna-, esto es, atendiendo a los criterios generales de competencia y a las reglas especiales (concretadas en el *forum delicti commissi*, que resulta básico en la materia). En este sentido, se sigue la tendencia existente en el sector de Derecho aplicable pues, al menos de momento, las soluciones de Ley aplicable igualmente están desprovistas de normas

³⁴⁸ Cf. P. Abarca Junco, “El derecho a la intimidad en el Derecho internacional privado español”, *Revista BFD*, núm. 2, 1993, pp. 7-27, en esp. pp. 12-13.

conflictuales especiales para esta materia³⁴⁹.

3. Para determinar qué criterios atributivos de competencia deben aplicar los tribunales en esta materia ha de partirse de las distintas fuentes de DIPr., esto es, institucional, convencional y autónomo (operativo de forma subsidiaria en defecto de norma internacional, según el art. 21.1 LOPJ). Desde la perspectiva institucional hay que acudir a los criterios de competencia contenidos en el RBI. En el ámbito convencional –según los supuestos- se aplicará el CL o en su caso los Convenios Bilaterales vigentes en cada momento que sean de aplicación según la materia. Estos Convenios Bilaterales tienen escasa relevancia en el conjunto del sistema, pues sólo son el Convenio con el Salvador y el Convenio con Rumania, y este último está ya desplazado por el RBI. Fuera del ámbito de aplicación de los anteriores será el sistema autónomo de competencia judicial internacional el que entre en juego (en caso de España, la LOPJ). Esta diversidad de regímenes -regulando lo mismo-, exige que el tribunal del foro a la hora de concretar su competencia deba, como primer paso, determinar qué régimen resulta de aplicación³⁵⁰. El RBI se declara de aplicación preferente en relación con cualquier instrumento convencional que con carácter general regule la competencia judicial internacional en sus mismas materias (como así ocurre con el CL)³⁵¹. Por ello, el estudio de los criterios de competencia para este tipo de

³⁴⁹ Al menos desde el punto de vista de los sistemas conflictuales de fuente interna, pues la mayoría de los Estados comunitarios carecen de norma específica –aunque también los hay-, ya que en el DIPr comunitario se ha excluido esta materia del instrumento básico: el RRII.

³⁵⁰ Para lo cual deberá el tribunal del foro atender a los distintos ámbitos de aplicación de los convenios internacionales concurrentes y sus cláusulas de compatibilidad o, en su defecto, las reglas establecidas en el Convenio de Viena de 1969, de 23 de mayo, sobre el derecho de tratados (sección Segunda, art. 30: Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia). *BOE* núm. 142, de 13 de junio de 1980.

³⁵¹ Las relaciones entre el RBI con los textos convencionales se resuelven mediante las cláusulas de compatibilidad contenidas en el Capítulo VII (arts. 67-72). Tras establecer su carácter prioritario respecto de cualquier convenio internacional general que regule el sector de competencia en cualquiera de las materias civil y mercantil previstas –o no excluidas- en su art. 1; siguiendo los criterios generales del Derecho internacional, el RBI prevé la aplicación preferente de los Convenios sobre Competencia en las materias específicas entre los Estados miembros, siempre y cuando sean anteriores a la entrada en vigor del RBI (art. 71 RBI). Para un mayor abundamiento de la cuestión, véase, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 6a ed., Madrid, 2011, pp. 61-69; M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal Civil Internacional, Litigación*

litigios se realizará a la luz de este instrumento comunitario³⁵².

En cualquier caso, las reglas que el RBI y el CL contienen para la determinación de la competencia en esta materia son básicamente las mismas³⁵³, por lo que simplemente se trataría de una cuestión técnica que no altera el resultado -en cuanto a la aplicación de un mismo criterio de competencia no así respecto de su interpretación-. Centrándose en el sistema RBI, ante una demanda en materia de difamación –o por lesión de otro derecho de la personalidad- puede considerarse la posible aplicación de tres fueros (no exclusivos) que pueden atribuir la competencia en esta materia: el fuero general del domicilio del demandado (art. 2 RBI/CL), la autonomía de la voluntad de las partes o fueros de sumisión –expresa o tácita (arts. 23 y 24 RBI/CL, respectivamente)- y, finalmente, el lugar donde se haya producido el daño o pudiera producirse (art. 5.3 RBI/CL)³⁵⁴ (sin perjuicio del posible recurso a los fueros por conexidad procesal del art. 6).

Previamente al análisis de cada uno de estos criterios de competencia, hay que referir ciertas cuestiones preliminares que pueden interferir en el normal funcionamiento de las normas de competencia del RBI (y en general de las reglas de DIPr).

4. El sistema de competencia judicial internacional puede verse alterado cuando en la producción del daño haya intervenido alguna Administración pública (ente público

Internacional, 2ª ed, Madrid, 2007, pp. 106-108.

³⁵² Con referencias paralelas a los demás instrumentos cuando así corresponda.

³⁵³ Sobre el paralelismo de criterios entre el RBI y el CL, véase, M. Virgós Soriano, F.J. Garcimartín Alférez, *ob. cit.*, pp. 186-198; y en relación con el anterior CB y la anterior versión del CL, *vid.* P. E. Herzog, “Brussels and Lugano, Should You Race to the Courthouse or Race for a Judgement?”, *AJCL*, 1995, pp. 379-399.

³⁵⁴ Respecto de la competencia territorial interna, el art. 52.6º LEC prevé que: “En materia de derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y, en general, en materia de protección civil de derechos fundamentales, será competente el tribunal del domicilio del demandante, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se hubiera producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate”. Esta norma de competencia interna sólo puede aplicarse para el caso de que el foro de competencia judicial internacional en el que se fundamenta la jurisdicción española sea bien el foro general del domicilio del demandado o bien el lugar del daño. Lo que permite cuestionarse qué ocurre cuando se trate de hipotéticos supuestos de autonomía de la voluntad. Hay una laguna legal al respecto, que habría que suplir en cada caso concreto, en ocasiones atendiendo al *forum necessitatis*.

en sentido amplio), ya sea directa o indirectamente -cuando pueda imputársele de alguna forma responsabilidad incluso por actos de terceros-. El daño puede ser imputable a una Administración pública por dos motivos. En primer lugar, cuando es la propia Administración la que realiza actividades de carácter privado (las menos). Un ejemplo de esto podría ser un supuesto de difamación a un particular a través de un medio de comunicación público, como por ejemplo podría ser una televisión pública (con difusión por satélite e incluso en la red). Ahora bien, será el ordenamiento jurídico nacional el que determine si en caso de que el agente del daño sea un ente público de comunicación el régimen de responsabilidad aplicable es específico o se remite al general. En el caso de sistema español el régimen específico para las Administraciones Públicas –en sentido amplio- viene determinado en la Ley General de la Comunicación Audiovisual (LGCA)³⁵⁵, donde su art. 61 regula las responsabilidades administrativas de los prestadores de servicios de la comunicación audiovisual, para aquellos que están incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley (según su art. 3). Ahora bien, si resulta de aplicación el Derecho español, ante un eventual supuesto en el que por ejemplo Televisión Española lesionase los derechos de la personalidad de un particular por las informaciones publicadas en su difusión por satélite o por Internet, la tutela de estos derechos se llevaría a cabo a través del procedimiento establecido en la LO1/82 –o en su caso en la LOPD- de tal forma que en este sentido su carácter público no incidiría en el sistema de competencia judicial internacional³⁵⁶. En segundo lugar, por la realización de una actividad de carácter público, donde el daño suele derivarse del incumplimiento por la Administración de sus obligaciones de control o de sanción de actividades que pueden resultar atentatorias contra los derechos de la personalidad, lo que conduce habitualmente a la corresponsabilidad de la Administración con particulares³⁵⁷. En los supuestos en los que una Administración pública ha sido la causante de un daño –o se le puede imputar responsabilidad derivada de ese daño- los ordenamientos jurídicos

³⁵⁵ Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. BOE Núm. 79, 01.04.1020.

³⁵⁶ En España las televisiones públicas a estos efectos no serían consideradas como Administración Pública.

³⁵⁷ Por ejemplo la inactividad de la Administración ante reclamaciones por ruidos causados por particular, teniendo en cuenta que por el TEDH se considera como integrante del derecho a la intimidad, del art. 8 CEDH, el derecho a un medio ambiente adecuado, libre de ruidos. *Vide.* Sentencia *López Ostra* ya referida.

nacionales suelen prever la aplicación de regímenes de responsabilidad de naturaleza pública³⁵⁸. Esto se traduce en una injerencia tanto en la determinación de la jurisdicción competente como del Derecho aplicable. En el sistema español el régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas españolas tiene su fundamento en el art. 106 CE y su desarrollo legal en los artículos 139 a 146 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LAP)³⁵⁹. Este régimen es único y se va a aplicar con independencia de la naturaleza del acto de la Administración (de imperio o de gestión) y será aplicado por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que nunca pueda acudir al sistema de responsabilidad establecido en el Cc³⁶⁰.

En los casos de lesión de derechos de la personalidad la eventual responsabilidad de Administración por actos de imperio (actos públicos) vendría determinado por un funcionamiento anormal de la Administración, o por omisión en el ejercicio de sus funciones debidas. Por lo general –como ya se anticipó– será una responsabilidad concurrente entre el particular causante directo del daño y la Administración que se muestra pasiva, cuando debería haber actuado adoptando las medidas adecuadas contra aquél para evitar el daño –ya sea evitar su continuación o conseguir su cese o, en su caso, para mitigarlo-. En la mayoría de los supuestos se trataría de una dejación en la aplicación del régimen sancionador correspondiente (en uso de sus prerrogativas), o como ha establecido la jurisprudencia nacional: por obligaciones nacidas por hechos ajenos³⁶¹ o culpa *in vigilando*³⁶², lo que constituye un funcionamiento anormal de la

³⁵⁸ Esto es así por la incidencia del principio de territorialidad del Derecho público que conlleva la previsión de criterios especiales para estos casos.

³⁵⁹ BOE núm. 285, de 27 de noviembre 1992. De conformidad con los arts. 142.3 y 145.2, se ha aprobado el reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial mediante Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (BOE-A-1993-11253).

³⁶⁰ Esta postura es generalmente aceptada, no sin controversias, por la doctrina como consecuencia de la unidad de jurisdicción establecida por la LAP. Para un análisis por la doctrina del estado de la cuestión, *vide*, L. Marín Rebollo, "La responsabilidad de las Administraciones públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica", *Doc. Adm.*, núm. 237-238, 1994, pp. 11-104, en particular, pp. 51-52.

³⁶¹ Si bien la responsabilidad civil extracontractual por hechos ajenos viene regulada en el art. 1903 Cc. Este precepto no resulta de aplicación para los supuestos en los que interviene la Administración, pues el párrafo 5º del artículo, donde se preveía expresamente la responsabilidad de la

Administración³⁶³. Ahora bien, no parece tan común la lesión directa de estos derechos de la personalidad por la Administración en ejercicio de su actividad pública. Aunque un ejemplo podría estar en el posible tratamiento inadecuado de los datos personales (que integran el derecho a la intimidad) que se encuentran a disposición de las entidades públicas³⁶⁴.

5. Otro elemento a tomar en consideración para analizar el régimen de competencia es la distinción entre los actos de imperio y aquellos en los que la responsabilidad se deriva de actos de gestión de la Administración. Sólo para aquellos actos que tienen la condición de públicos podrá alegarse inmunidad de jurisdicción (cuando el daño hubiera sido causado por una Administración extranjera y el litigio se

Administración, si bien de forma excepcional y subsidiaria, fue suprimido por la Ley de 7 de enero de 1991, de modificación de los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil del profesorado (BOE 8.1.1991). Lo que no supone que se exima de responsabilidad sino que ésta se deriva directamente del art. 106 CE (y de su posterior desarrollo legislativo en la LAP, arts. 139 a 146).

³⁶² No así la culpa *in eligendo* (lo que puede traducirse en *una desacertada elección*), que aun siendo también parte integrante de la responsabilidad civil extracontractual por hechos ajenos, ésta se deriva generalmente de las actuaciones realizadas por el personal al servicio de la Administración, de cuyas actuaciones responde la propia entidad pública a la que pertenecen, cuando estas actuaciones causen daños a particulares (sin perjuicio de la posible acción de repetición que en su caso le asistiera a la entidad pública).

³⁶³ En este sentido, *vide*, STS 277/2008, de 16 de abril, en la que se analiza la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad civil extracontractual de la Administración, en particular por actos de terceros. Y la STS 277/2008, donde en su FJ 1o, párrafo 4o señala textualmente “(...) *el núcleo de la culpa -in vigilando- reside en una omisión de las previsiones a adoptar por si se produjesen determinados eventos según el desarrollo de la acción que los puede originar (...)*”.

³⁶⁴ Tal y como el TEDH ha reconocido reiteradamente en su jurisprudencia, los datos personales y su tratamiento adecuado forman parte del derecho a la intimidad propugnado en el art. 8 CEDH. A modo de ejemplo, puede referirse STEDH de 4 de diciembre de 2008, asunto *S. and Marper v. The United Kingdom*. (Applications nums. 30562/04 y 30566/04), donde se condena a Reino Unido por haber violado el derecho a la intimidad de los dos recurrentes, respecto de los datos personales que obraban en poder de las autoridades públicas (huellas dactilares y ADN) en relación con un procedimiento penal que se siguió contra los recurrentes, en el que resultaron absueltos de los cargos, por lo que solicitaron su destrucción sin resultado. Por el TEDH se condenó a Reino Unido a pagar gastos y costas a los dos recurrentes, por un importe de 42.000 €.

hubiera instado ante los tribunales españoles)³⁶⁵. Esta tendencia está generalmente aceptada a nivel internacional, y así puede observarse en la jurisprudencia comparada. Entre la jurisprudencia española puede destacarse distintas sentencias del TC como máximo intérprete del texto constitucional, dado que existe una especial conexión entre las inmunidades procesales de los Estados extranjeros y la tutela judicial efectiva de los particulares (art. 24 CE), pues una interpretación no restrictiva de la inmunidad de jurisdicción supone una conculcación de este derecho fundamental³⁶⁶.

La reglamentación internacional de la materia está presidida por la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes³⁶⁷. Con este instrumento se realiza la codificación del Derecho Internacional Público en la materia, pero sin abordar la inmunidad de los Estados en procedimientos

³⁶⁵ En este sentido véase, L. I. Sánchez Rodríguez, *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles*, Madrid, 1990, pp. 67-71. F. J. Carreras Hernández, “La inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencial española”, *Anuario de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), vol. XXIII, 2007, pp. 63-99; J. C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, ob. cit., pp. 55-58. M. Virgós soriano, F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional...*, ob. cit., pp. 61-68; F. Gascón Inchausti, *Inmunidades procesales y tutela judicial frente a Estados extranjeros*, Navarra, 2008 y M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17a ed., Madrid, 2009, p. 265.

³⁶⁶ A modo de ejemplo, véanse, STC 140/1995, de 28 de septiembre, FJ. 3º, 4º, 5º, 8º, 9º y 10º; STC 107/1992, de 1 de julio, FJ 2º, 4º, 5º y 6º. El cambio de tendencia de inmunidad absoluta a relativa en EEUU tiene como punto de inflexión el asunto *Victory Transport, Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes*, 336 F.2d 354 (2d Cir. 1964), y culmina con la actual *Foreign Sovereign Immunities Act* (en adelante FSIA), de 1976. Sobre el tema véase, L.I. Sánchez Rodríguez, ob. cit., pp. 56-57. Y en la jurisprudencia inglesa el cambio se produce en el asunto *Philippine Admiral v. Wallen Shipping Ltd.*, (1976) 1 All E.R. 78, 15 ILM 133 (1976), culminando con la aprobación de la *State Immunity Act*. de 1978 (al respecto, véase, *ibid.* pp. 59- 61). El cambio de tendencia de inmunidad absoluta a relativa en EEUU tiene como punto de inflexión el asunto *Victory Transport, Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes*, 336 F.2d 354 (2d Cir. 1964), y culmina con la actual FSIA (ya referida). Sobre el tema véase, *ibid.*, pp. 56-57. Y en la jurisprudencia inglesa el cambio se produce en el asunto *Philippine Admiral v. Wallen Shipping Ltd.*, (1976) 1 All E.R. 78, 15 ILM 133 (1976), culminando con la aprobación de la *State Immunity Act* de 1978 (al respecto, véase, *ibid.* pp. 59- 61).

³⁶⁷ Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/59/508)] el 16 de diciembre de 2004, nº. 59/38. Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (http://www.ciemen.cat/mercator/pdf/NU5938_ES.pdf).

penales. Esta norma internacional recoge la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis* abriendo así la puerta a las excepciones a esta inmunidad³⁶⁸.

6. En cualquier caso, cuando el sistema de competencia judicial internacional aplicable sea el autónomo (LOPJ), la unidad de jurisdicción y de régimen aplicable imperativo previsto para los supuestos de responsabilidad de la Administración pública española (en la LAP), supone que la distinción entre actos de gestión y de imperio no tiene relevancia a la hora de determinar la jurisdicción competente para conocer de estos litigios. Con independencia de la naturaleza del acto los tribunales españoles previsiblemente acudirán al art. 24 LOPJ (el denominado *forum auctoritatis*) para otorgarse competencia exclusiva³⁶⁹, y existen muy pocas probabilidades de que la eventual sentencia que recayera en un tribunal extranjero fuese reconocida en España, precisamente por el carácter exclusivo del criterio de competencia del art. 24 LOPJ³⁷⁰. No obstante, ha de recordarse la aplicación prioritaria del RBI/CL respecto del régimen autónomo (que opera de forma residual únicamente para los supuestos excluidos del art. 1, siempre y cuando el demandado esté domiciliado en un Estado miembro).

En el ámbito internacional la distinción entre actividades de imperio y las de

³⁶⁸ Sobre la aplicación de esta norma internacional desde la perspectiva española, *vide*, J. Ferrer Lloret, “La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España”, *Anuario de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), vol. XXIII, 2007, pp. 3-61.

³⁶⁹ Haciendo una interpretación amplia –en función del sujeto– de la “materia administrativa” del art. 1 RBI, como materia excluida del ámbito material de aplicación del RBI/CL. Y los tribunales españoles aplicarán su *lex fori* (el régimen previsto en la LAP). Y el régimen de indemnización previsto en el ordenamiento español no sólo será aplicado cuando la víctima sea nacional español, sino que también podrán ser beneficiarios los nacionales de otros países por los daños causados a éstos por una Administración española. Sobre esta cuestión véase, A. Marín López, “La responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado frente a los extranjeros”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco, Madrid, 1993, pp. 1378-1400.

³⁷⁰ Consecuentemente, ante supuestos de lesión de cualquiera de los derechos de la personalidad por actividad privada de la Administración de carácter internacional (generalmente porque la víctima sea extranjero o con domicilio fuera del territorio español, o que el daño se ha materializado en el extranjero), al no ser de aplicación RBI/CL, el afectado (o aquel que tuviera legitimación activa para ello) necesariamente deberá acudir en primer lugar ante la Administración (española) correspondiente, agotar la vía administrativa, y después, si fuera necesario, acudir a los tribunales contencioso-administrativo para solicitar la indemnización –resarcimiento– por los daños sufridos.

gestión de las Administraciones públicas es determinante para concretar el régimen de competencia aplicable. En aquellos supuestos en los que aun interviniendo la Administración su actividad puede calificarse de privada y recaiga dentro del ámbito de aplicación del RBI/CL (o mejor dicho, no se encuentre excluida), son de normal aplicación los fueros de competencia en ellos recogidos (aunque en la práctica las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros han tenido problemas de aplicación cuando una de las partes del litigio es una autoridad pública³⁷¹). Es más, únicamente en estas reglas se podrán fundar los tribunales españoles para declararse competentes o incompetentes. No cabe la aplicación del *forum auctoritatis* incluso si el litigio se incoa ante un tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativo, pues la aplicación de las normas del Reglamento no está condicionada por el carácter o naturaleza de la jurisdicción competente (art. 1 RBI)³⁷². De tal forma que la calificación de la responsabilidad debe realizarse no sólo con independencia de la jurisdicción que conozca del asunto sino con “carácter autónomo”³⁷³, y según el TJUE esta operación se

³⁷¹ Y aunque finalmente el Libro verde sobre la revisión del RBI (21.4.2009, COM (2009) 175 final), no recogió entre las propuestas de revisión los problemas que esta cuestión ha planteado a las jurisdicciones nacionales, estos sí que han sido reflejados en el informe en el que se basó el Libro verde. Este informe fue encargado por la Comisión (Study JLS/C4/2005/03, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*), y elaborado mediante la recopilación de informes de distintos Estados miembros sobre la aplicación en la práctica judicial del RBI. En dicho informe puede verse cómo la eficacia presupuesta del art. 1 RBI, en los términos en los que ha sido interpretado por el TJUE, no lo es tanto pues hay ciertas materias donde la distinción entre el Derecho público y privado no es por sí misma evidente. Y un ejemplo de esto es el uso del Reglamento en litigios contra particulares incoados por autoridades públicas (cuestión 1.2º del 3er cuestionario). La mayoría de los informes nacionales contestaron que las autoridades públicas no usaban de forma regular el RBI en estos litigios. Para un análisis de los problemas que el ámbito de aplicación del art. 1 RBI ha planteado a los Estados miembros de cara a una posible revisión del texto, *vid.*, B. Hess, T. Pfeiffer, P. Schlosser, *The Brussels I Regulation (CE) No 44/2001*, Munich, 2008, pp. 22-24.

³⁷² El RBI según su art. 1 se aplicará “con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional”. *Vid.* En este sentido entre otra jurisprudencia del TJUE, sentencia dictada en asunto *Volker Sonntag v. H. Waidmann*, (asunto *Sonntag*, As. C-172/91), de 13 de julio de 1993 (Rec. 1993, pp.1963-2003; *REDI*, 1993-77-Pr., 1993-2, pp. 474-475). Sobre los distintos supuestos de actividades con intervención por entidad pública que recaen dentro del ámbito de aplicación material del art. 1 RBI, véase P. Rogerson, “Chapter I. Scope”, en U. Magnus, P. Mankowski, *European commentaries on..., ob. cit.*, pp. 46- 75, en esp. pp. 53-60 (en particular toda la jurisprudencia del TJCE citada en nota 37 y siguientes).

³⁷³ *Vid.*, STJCE de 14 de octubre de 1976, *LTU Lufttransportunternehmen GMBH & Co. KG*

centra en si la Administración actuó o no en uso de un poder público³⁷⁴.

7. Ahora bien, cuestión distinta es posible el recurso al art. 24 LOPJ para atribuirse los tribunales españoles competencia para conocer de ciertos litigios en materia de privacidad en los que esté implicada una Administración, como es el caso del tratamiento de datos personales. Para que los tribunales españoles puedan acogerse al art. 24 LOPJ como fuero de competencia debe tratarse de un procedimiento contencioso-administrativo, esto es, un procedimiento incoado por un particular contra una sanción –un acto- de la Administración española. Precisamente este es el caso del recurso planteado por la sociedad americana *Google Inc.* contra la AEPD por la sanción que esta Administración le ha impuesto por vulnerar la normativa europea en materia de protección de datos³⁷⁵ en el desarrollo de sus servicios en Internet como motor de búsqueda. La competencia judicial internacional de la Audiencia Nacional - con independencia del resultado del litigio en atención a los que el Tribunal de Luxemburgo resuelva sobre las cuestiones prejudiciales planteadas sobre el alcance de la Directiva europea-, se fundamenta en el art. 24 LOPJ.

8. En ausencia de convenios especiales en la materia para la determinación del tribunal competente para conocer de una acción de prohibición o cese de la actividad lesiva de derechos de la personalidad debe acudir al régimen RBI/CL y subsidiariamente al de fuente interna (LOPJ). Ninguno de estos textos regula de forma

v. *Eurocontrol*, (As. 29/76), Rec. 1976, pp. 1541 y ss.

³⁷⁴ Siguiendo la distinción que los ordenamientos nacionales (de los Estados pertenecientes al *civil Law*) realizan entre Derecho público y Derecho privado, y que las materias civiles y comerciales se encuentran dentro del Derecho privado (*vid.* Informe *Schlosser*, *loc. cit.* § 23). Aunque no existe unanimidad entre los Estados miembros en dónde situar los límites (*ibid.*, §§ 23, 26-28), pues los Estados *common law* no tienen una distinción tajante entre Derecho privado y público (*ibid.* § 24). Por ello se optó por establecer la exclusión por razón de la materia y no por razón de las partes. Así, esta exclusión afecta tanto si la parte en litigio es una autoridad pública o un sujeto privado. A la hora de concretar si se trata o no de materias incluidas los tribunales ingleses han establecido que no podrá considerarse materia civil y comercial cuando una de las partes pueda alegar inmunidad de jurisdicción (*vid.*, *Grovit v. De Nederlandsche Bank N. V.* (2006) 1 WLR 3323 (Q.B.D., Tugendhat J.). Con lo que aunque teóricamente la jurisdicción inglesa tenga competencia para conocer en estos casos, el litigio no podrá enjuiciarse ante los tribunales ingleses.

³⁷⁵ Fundamentalmente las obligaciones derivadas de la Directiva 95/46/CE.

específica este tipo de acciones, pero esto no obsta para que sean de aplicación. En lo que se refiere al sistema RBI/CL resulta claro, ya que se trata de materia civil incluida dentro del ámbito de aplicación de estos instrumentos, y de la misma forma en lo tocante a la LOPJ, por su vocación de regulación general y subsidiaria. Ahora bien, todo ello con independencia de la admisibilidad o no de estas acciones en el Derecho material de cada país, lo que se resolverá de conformidad con las normas de DIPr del foro.

El principal problema en sede de competencia judicial internacional en estos casos es la concreción del fuero aplicable para el ejercicio de estas acciones. Ninguno de los instrumentos señalados resuelve esta cuestión, ya que no regulan estas acciones de forma específica (por lo que únicamente cabe su tratamiento conjunto con la acción resarcitoria). Aunque en el sistema RBI/CL se consagra un fuero específico en el art. 31, y el correlativo art. 22.5º LOPJ³⁷⁶, este problema no queda solucionado salvo que estas acciones se equiparasen a las medidas provisionales y cautelares sí previstas, lo que no es admisible dadas sus diferencias³⁷⁷. Entonces, la cuestión es determinar el tribunal que resulta competente para la adopción de tales acciones, lo que se analizará en los párrafos posteriores dentro y fuera del sistema RBI/CL, si bien conjuntamente con la acción de reparación -toda vez que las acciones de cesación y/o prohibición no tienen un tratamiento diferenciado de la acción resarcitoria dentro del sistema DIPr comunitario y en la generalidad de los sistemas nacionales de DIPr³⁷⁸-.

³⁷⁶ Dentro del sistema autónomo español el art. 22.5º LOPJ recoge el fuero para que los tribunales españoles puedan adoptar las medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se encuentren en territorio español y deban cumplirse en España. Y dentro del Derecho procesal español es el art. 722 LEC el que reglamenta esta cuestión (aplicable en defecto de Tratado, Convenio o norma comunitaria).

³⁷⁷ Lo que no es admitido por cierta doctrina, al entender que no son equivalentes. Entre otros, A. Borrás Rodríguez, La revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano: una reflexión preliminar española”, A. Borrás Rodríguez (ed.), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Madrid, 1998, pp. 11-27, en esp. p. 23.

³⁷⁸ Respecto de los problemas que esta identidad de tratamiento entre acciones distintas, en particular de calificación y de los presupuestos -distintos para cada acción- tanto para la existencia del propio daño (lo que incide en la concreción de la competencia a la luz del 5.3º RBI), como en la consideración de la ilicitud de la actividad (fundamentalmente por la cláusula de armonización de mercado interior, que establece los parámetros de ilicitud en función de la ley del Estado de origen), así

2.- Acciones ejercitables por la víctima³⁷⁹

9. El titular de un derecho de la personalidad que ha sido lesionado puede contar para lograr su amparo con distintas acciones que podrá ejercitar judicialmente, ahora bien, estos mecanismos varían en función de Derecho material aplicable al litigio. En términos generales, la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales prevén para tales fines –ya sea con carácter general dentro de la responsabilidad civil extracontractual o específicamente para este tipo de daños- una acción de reparación o resarcitoria³⁸⁰. Esta es la principal de las acciones que está dirigida a lograr la reparación de la lesión, pidiendo que se condene al demandado al pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados, pero hay otras medidas posibles. Se trata de acciones que tienen

como en cuanto a la ejecución (ya que las acciones de cesación no pueden ejecutarse directamente sino de manera indirecta al ser una obligación de carácter personalísima: a través de multas coercitivas)- Sobre estas cuestiones, P. Jiménez Blanco, “Acciones de cesación de actividades ilícitas transfronterizas”, *AEDIPr*, 2011 (en prensa).

³⁷⁹ Se limita el estudio a las acciones que el posible perjudicado puede ejercitar cuando vea conculcados sus derechos de la personalidad para solicitar su tutela, si bien, el posible demandado suele ser un medio de comunicación que es titular de otro derecho igualmente fundamental como es la libertad de expresión e información y también puede ejercitar en estos casos acciones frente al presunto perjudicado para evitar cualquier responsabilidad, se trata de las acciones declarativas negativas. Y aunque se escapa del objeto del presente estudio al menos resulta interesante mencionar. Estas acciones son solicitadas por el presunto autor para blindar con carácter preventivo una posible responsabilidad, y éstas pueden darse en distintos ámbitos de la responsabilidad extracontractual como es el caso de los daños a los derechos de la personalidad. En estos casos los foros de competencia con los que el presunto autor contaría sería el foro general del domicilio del demandado (art. 2) y no así el del art. 5.3 RBI de conformidad con la vigente jurisprudencia del TJUE (fundamentalmente asunto *Kalfelis*, *loc. cit.*). No obstante, hay una cuestión prejudicial pendiente precisamente sobre esta cuestión (asunto C-133/11, *Folien Fischer*), en el que ya se ha manifestado el Abogado General de forma negativa: “El artículo 5, número 3, (...) debe interpretarse en el sentido de que la competencia judicial en materia delictual no comprende una acción declarativa negativa mediante la cual el autor de un potencial hecho dañoso pretende que se declare que, de las circunstancias del asunto, no se deriva derecho alguno para la víctima potencial en materia delictual.” (Conclusiones presentadas el 19 de abril de 2012). Sobre esta cuestión, C. Oro Martínez, “Las acciones declarativas negativas y el artículo 5.3 Reglamento Bruselas I”, *AEDIPr*, 2011 (en prensa).

³⁸⁰ Con independencia de la denominación que en cada sistema se dé.

por finalidad la solicitud de medidas preventivas del daño futuro³⁸¹. Entre esas otras medidas pueden destacarse las de prohibición o cesación de la actividad ilícita³⁸². Con estas últimas lo que se busca es impedir que los daños se lleguen a producir o evitar que sigan generándose, solicitando el cese de la actividad que causa los daños. Estas acciones pueden ejercitarse coetáneamente a la acción de reparación de los daños y perjuicios o bien de forma separada e independiente (como medidas de fondo). No deben confundirse con las medidas provisionales y/o cautelares que por el perjudicado pueden solicitarse (buscando la misma finalidad) para lograr una tutela cautelar de sus intereses que están siendo lesionados –generalmente por el demandado³⁸³-, y que su admisión y eficacia va a depender de que se esté siguiendo –o se vaya a seguir- un procedimiento sobre el fondo del asunto (en ese tribunal u otro distinto)³⁸⁴. Esto es, las medidas provisionales son accesorias, dependientes de la existencia de un procedimiento principal sobre el fondo, mientras que las acciones de cesación o prohibición son medidas autónomas -aunque pueden ejercitarse conjuntamente con la acción de reparación por razones de economía procesal, lo que típicamente sucede-.

Por ejemplo, en el supuesto de que resultara de aplicación el ordenamiento jurídico español, además de reconocer indemnización por los daños causados los tribunales podrán adoptarse cuantas medidas sean necesarias para evitar la repetición del daño en el futuro o para poner fin a la actividad causante del daño³⁸⁵. La adopción de

³⁸¹ Y que pueden solicitarse y adoptarse tanto con carácter provisional o cautelar, o como medidas de fondo –generalmente coetáneas a la acción de reparación, pero también es posible de manera aislada-.

³⁸² Si bien, no son las únicas, pues las posibles medidas de tutela de estos derechos de la personalidad varían de un ordenamiento a otro, de tal manera que se tomarán como referencia aquellas que son comunes a la generalidad de sistemas jurídicos –fundamentalmente europeos-, esto es: cesación y prohibición.

³⁸³ Ahora bien, estas medidas pueden no estar dirigidas contra el sujeto autor material y directo del daño, sino a aquellos que tengan el control de la publicación y distribución de los contenidos o informaciones lesivas de los derechos. Es el caso de daños por publicación de información en medios de comunicación o en Internet. En este último caso, las acciones de cesación o prohibición vendría dirigidas a los prestadores de servicios *online*, a través de los cuales se ha publicado y distribuido la información (por un usuario: el autor material del daño).

³⁸⁴ La tutela cautelar y sus particularidades en el ámbito de la competencia judicial internacional será analizada posteriormente.

³⁸⁵ Ya que según la jurisprudencia nacional cabe tanto el resarcimiento patrimonial de los daños

aquellas corresponde al orden jurisdiccional civil³⁸⁶, pero habría que concretar de qué Estado cuando se trate de un supuesto internacional. Estas medidas pueden conllevar problemas de competencia judicial internacional cuando, por ejemplo, la actividad lesiva cuya cesación se pretende se está llevando a cabo fuera de la jurisdicción del tribunal del foro –esto es, acciones de cesación o prohibición respecto de actividades transfronterizas, como así ocurre cuando se trata de actividades desarrolladas en la red-.

10. En términos generales, las opciones con las que cuenta el demandante para elegir la jurisdicción nacional ante la que solicitar la tutela de sus derechos (con independencia del medio utilizado para su lesión) se pueden concretar en dos: bien acudir a los fueros generales del sistema de competencia judicial internacional que resulte de aplicación (institucional, convencional o autónomo), bien inclinarse por el fuero especial en materia de responsabilidad civil extracontractual, que es muy similar entre los sistemas posibles (concretándose en líneas generales en el *forum delicti-damni*). Si se opta por los fueros generales, estos a su vez se concretan en dos posibilidades para el demandante: los fueros de autonomía de la voluntad de las partes (ya sea sumisión tácita o expresa), y el del domicilio del demandado –y de igual forma, aunque no aparezca como criterio atributivo de competencia, el establecimiento secundario del demandado hace las veces de fuero general-. Se trata de fueros no exclusivos, por lo que en ocasiones cabría hablar de concurrencia de fueros. Ante aquella posibilidad habría de acudirse a las soluciones –si las hubiera- de las normas de aplicación previstas en los instrumentos normativos aplicables para los supuestos de litispendencia o conexidad (art. 27 y 28, respectivamente, del RBI/CL). El posterior análisis de los fueros generales y especiales se realizará a la luz de los regímenes de competencia aplicables RBI/CL/LOPJ.

11. Antes de comenzar con el análisis particular de los fueros, resulta necesario referirse a una categoría de supuestos donde la obligación extracontractual para el presunto responsable se deriva de la lesión de un bien jurídico tutelado por un derecho

como la cesación de la actividad lesiva y la adopción de las medidas de prevención que impidan posteriores lesiones patrimoniales. Sobre ello *vide*. J. Santos Briz, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo...*, *ob. cit.*, p. 854; C. de Miguel Perales, *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 94.

³⁸⁶ *Vid.* J. Santos Briz, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo...*, *ob. cit.*, p.855; C. de Miguel Perales, *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, pp. 94-98 (y jurisprudencia allí citada).

de la personalidad pero que refiere un tratamiento diferenciado del resto de casos. Al margen de los supuestos típicos de lesión de los derechos de la personalidad por los particulares, cabe un supuesto ante el que el presunto perjudicado puede optar entre dos posibles vías para conseguir la reparación de los daños y perjuicios sufridos. Se trata de posibles atentados a la reputación entre competidores directos en el mercado. Estos actos pueden reputarse bien como supuestos de difamación (ya que en principio las personas jurídicas son, en la generalidad de ordenamientos jurídicos nacionales, titulares del derecho al honor –lo que se tutela es la reputación profesional de la persona jurídica en el contexto de su actividad profesional-), o bien como acto de denigración, que encaja dentro de los comportamientos tipificados como de competencia desleal en la mayoría de los sistemas jurídicos. En este sentido, el supuesto perjudicado en su reputación profesional por acciones directas de su competidor podrá optar entre ejercitar las acciones previstas en Derecho nacional aplicable para la tutela de ese derecho de la personalidad –ante supuestos de difamación- o bien ejercitar las acciones previstas para supuestos de competencia desleal (cuando así lo permita el Derecho sustantivo aplicable). Ahora bien, en cualquiera de estos casos se trata de materia extracontractual de tal manera que su distinción no incide desde el punto de vista de las posibles reglas de competencia judicial internacional aplicables por el tribunal del foro para buscar su competencia³⁸⁷, sino que su relevancia aparece en el momento de concretar las acciones ejercitables, los requisitos para ello y, en definitiva, para resolver sobre el fondo –lo que puede suponer soluciones diversas ante el mismo supuesto en función de la acción que se ejercite-, y todo ello son cuestiones incluidas dentro del ámbito de aplicación de la *lex delicti*.

II. - Autonomía de la voluntad

12. La voluntad de las partes puede resultar determinante del tribunal que conocerá del asunto (esto es, la autonomía jurisdiccional como criterio de atribución de

³⁸⁷ De tal manera que el tribunal deberá acudir a las reglas de competencia (generales y especiales) previstas en el régimen aplicable para los supuestos de responsabilidad extracontractual. En particular, respecto de la aplicación del fuero de competencia especial del 5.3 RBI para los casos de competencia desleal véase, P. Mankowski, “Section 2, Special Jurisdictions: Article 5”, en P. Mankowski, U. Magnus (eds.), *European commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*. 2nd Revised Edition, Munich, 2011, pp. 88- 284, en especial, pp. 229- 266.

competencia). La importancia de este fuero en el ámbito de la responsabilidad extracontractual en la práctica es muy limitada, pues normalmente las partes implicadas en litigios de este tipo no acuerdan dónde litigar. Ahora bien, dado que la responsabilidad que se puede derivar de lesiones a los derechos de la personalidad puede ser también de naturaleza contractual –como ocurre en aquellos casos en los que el usuario de una red social de Internet ve violentados sus derechos por el funcionamiento de la red-, la incidencia práctica de la autonomía conflictual en estos casos aumenta. Dentro de las condiciones o términos de uso de estos prestadores de servicios de la sociedad de la información típicamente está prevista una cláusula de elección de foro para que conozca de todas las cuestiones que se deriven de la relación de la red social con sus usuarios.

Siguiendo con el esquema jerárquico de fueros establecido en el sistema RBI/CL,³⁸⁸ se comenzará con el análisis de la sumisión tácita y expresa, que se prevé con carácter preferente sobre el fuero general del domicilio del demandado y el especial por razón de la materia (y estos dos últimos se recogen con carácter concurrente).

1.- Prórroga de jurisdicción: la sumisión expresa y tácita

13. La elección del tribunal para conocer del litigio, ya sea pactada por las partes de forma expresa (art. 23 RBI/CL, art. 22.2 LOPJ) o tácitamente (arts. 24 RBI/CL, art. 22.2 LOPJ-dependiendo del comportamiento procesal de las mismas³⁸⁹-), es un criterio de competencia relevante en la litigación internacional. La autonomía de la voluntad permite a las partes determinar, de mutuo acuerdo, los tribunales competentes para conocer de sus controversias –presentes y/o futuras-, y esta previsión supone una importante seguridad para todos los implicados³⁹⁰. Este criterio de competencia es viable

³⁸⁸ No así en el sistema autónomo de competencia, art. 22 LOPJ, dado que esta norma no está condicionada por una función de distribución de competencia entre distintos Estados –como ocurre con las normas institucionales o convencionales- sino de atribución de competencia, con lo que el carácter jerárquico del sistema carece de importancia, ya que lo relevante es atribuir competencia a los tribunales españoles con independencia del fuero que para ello se utilice.

³⁸⁹ La sumisión permite concentrar bajo el conocimiento de un tribunal nacional de un único país los asuntos que las partes determinen. Véase, STJUE de 10 de marzo de 1992, asunto *Powell Dyffryn pie c. Wolfgang Petereit* (C- 214/89).

³⁹⁰ Fundamentalmente en lo que se refiere al cálculo de los costes de la posible litigación, en

–dentro del sistema RBI/CL- siempre que no se trate de una materia de competencia exclusiva³⁹¹, y en este sentido la materia objeto de estudio no es una de la referidas como tales en estos instrumentos. En consecuencia, en principio, en este tipo de litigios la autonomía jurisdiccional puede funcionar sin restricción alguna. La propia naturaleza de este criterio lo configura como una alternativa adecuada para este tipo de asuntos, pues las partes –en principio-, se encuentran en una misma posición sin preeminencia de ninguna de ellas sobre la otra, además de la previsibilidad inherente y la seguridad jurídica que conlleva. Sin embargo, la sumisión –frecuente en el ámbito de los contratos internacionales- es poco utilizada en materia extracontractual, lo que justifica su baja incidencia práctica.

Las limitaciones propias de la autonomía jurisdiccional para el sector contractual (como son las previstas en los artículos 13, 17 y 21 RBI/CL³⁹², en relación con los contratos de seguro, los contratos celebrados por consumidores y contratos individuales de trabajo), no operan en este ámbito³⁹³. Las partes podrán elegir el tribunal competente en el ejercicio de sus acciones sin límites³⁹⁴, ya que ni en el sistema comunitario ni en el sistema autónomo español de competencia se ha establecido un principio de protección de parte para las obligaciones extracontractuales, que limiten la *prorrogatio fori* convencional. En cualquier caso, además de todo ello, la lógica solo permite considerar que el eventual pacto sea posterior al nacimiento del litigio, por lo que el

su caso, en el extranjero, así como la previsión del Derecho aplicable (*forum-ius*) y de ciertas cuestiones procesales en el ejercicio de la acción.

³⁹¹ Y lo mismo en relación con las limitaciones previstas para cierto tipo de contratos, como a continuación se verá.

³⁹² En el sistema autónomo, en cuanto a la aplicación de la LOPJ, se han señalado como límite a la autonomía de la voluntad de las partes, que en ningún caso podría actuar la prórroga de competencia (*prorrogatio fori*) en los casos en que el foro especial por razón de la materia sea de protección de parte débil (art. 22.3 LOPJ). En este sentido, *vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *ob. cit.*, pp. 97-98.

³⁹³ Aunque es posible que la responsabilidad derivada de los daños a los derechos de la personalidad pueda ser calificada de contractual, existiendo entre la partes en litigio una relación contractual que podría calificarse en ciertos casos como contrato de consumo (como por ejemplo entre el usuario perjudicado en sus derechos y la red social *online* demandada). En este sentido, las limitaciones previstas para los contratos de consumo a la autonomía de las partes se podrían alzar en estos supuestos.

³⁹⁴ Al margen de que el tribunal que elijan va acondicionar el Derecho aplicable y, en definitiva, el resultado del litigio.

potencialmente alegable principio de protección de parte en este tipo de daños no podrá verse en este sentido conculcado³⁹⁵. En cualquier caso, para el supuesto de la existencia de un acuerdo de elección de foro por las partes, estos se regirán por las mismas reglas y requisitos que se exigen para el resto de materias –sin ningún tipo de particularidad en función del objeto-. Así, cuando la sumisión sea expresa, la validez, eficacia y alcance de los pactos de elección de foro –en cuanto a sus aspectos prorrogatorios-, se decidirá de conformidad con las normas del tribunal ante el que se plantea el litigio (normas del Estado donde se quiera hacer valer dicha cláusula³⁹⁶). Ahora bien, siempre teniendo en consideración la doble naturaleza material y procesal de este tipo de cláusulas, lo que incide en la diversidad de normas que inciden en su regulación³⁹⁷.

14. Pese a todas las ventajas con la que cuenta, en la práctica la sumisión es un criterio de competencia muy poco utilizado en el sector de la responsabilidad extracontractual³⁹⁸. La razón fundamental se encuentra, precisamente, en la dificultad en alcanzar un acuerdo entre las partes en esta cuestión, no sólo una vez surgido el litigio –*a posteriori*- sino mucho menos antes de que surjan las posibles controversias –*a priori*-. En la medida que, por definición, las obligaciones extracontractuales surgen sin que previamente exista una relación entre las partes no habrá generalmente posibilidad de pacto previo³⁹⁹. Además, por otro lado, se trata de obligaciones de fuente legal por lo

³⁹⁵ Cf. A. Crespo Hernández, *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 160.

³⁹⁶ En caso de que la *lex fori* sea el Derecho español, el régimen está recogido básicamente en el art. 23 RBI, en el art. 17 CL y art. 22.2 LOPJ.

³⁹⁷ De tal forma que las normas procesales determinan las condiciones de eficacia de la cláusula (por ejemplo la exigencia de una forma determinada, lo que supondría en realidad una regulación material especial); y los efectos procesales, es decir, su alcance prorrogatorio y/o derogatorio. Y aquellos aspectos no reglamentados explícita o implícitamente por las normas procesales estarán sometidos al Derecho general de los contratos (pues su origen es la voluntad de las partes). Sobre el análisis jurídico de la cláusula de elección de foro en el ámbito internacional (siguiendo un método de análisis general), *vide*, M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *ob. cit.*, pp. 278-280.

³⁹⁸ *Vid.* F. Garau Sobrino, “Cuestiones de Derecho internacional privado: competencia judicial internacional y ley aplicable”, *Responsabilidad de los proveedores de información en Internet*, Granada, 2007, pp. 191-228, en esp. p. 197.

³⁹⁹ Aunque si entre las partes implicadas existía previamente algún tipo de relación jurídica en la que hubieran optado por reglamentar este aspectos procesal de la competencia de una manera suficientemente amplia, eventualmente podría utilizarse ese acuerdo de elección como base de competencia aunque el litigio excediera del círculo de intereses de aquella relación anterior.

que las partes no se encuentran motivadas para acordar el tribunal competente⁴⁰⁰. Todo esto es generalmente predicable respecto de los supuestos de responsabilidad civil extracontractual, y particularmente cuando se trata de litigios surgidos de actuaciones realizadas en Internet⁴⁰¹ –no solo en el ámbito de las lesiones a los derechos de la personalidad sino también en el sector de los DPI⁴⁰²-. Es claro el limitado juego de la sumisión como fuero de competencia internacional cuando la responsabilidad es extracontractual, aunque no puede descartarse la incidencia de un posible acuerdo tácito (que prevalece en cualquier caso sobre la sumisión expresa). Ahora bien, en el contexto de las redes sociales es muy usual la incorporación de cláusulas sobre competencia judicial internacional así como acuerdos consintiendo el tratamiento de datos personales (o políticas de privacidad).

En cualquier caso, ante la existencia de un acuerdo de esta naturaleza, el alcance de esta elección tendrá los condicionamientos generales, sin especialidades, de forma que habrá de estar a cada caso concreto y valorar el comportamiento del demandado en el proceso para afirmar si efectivamente existe una voluntad de someterse a esa jurisdicción estatal particular ante la que el demandante ha presentado su demanda.

15. En lo referente a la sumisión tácita (sancionada en los artículos 24 RBI/CL y 22.2 LOPJ) como resultado de los actos procesalmente relevantes de las partes ante el tribunal de una determinada jurisdicción, y de las que puede deducirse su voluntad de someterse, no presenta especialidades como foro atributivo de competencia en litigios sobre lesiones de derechos de la personalidad (con independencia del medio utilizado en la comisión del ilícito)⁴⁰³. Y al igual que ocurre en los demás casos, dentro del ámbito de

⁴⁰⁰ Ahora bien, esto no significa que este sector –responsabilidad extracontractual- se le niegue la relevancia debida a la autonomía de la voluntad de las partes en el DIPr., en particular en lo que se refiere a su manifestación conflictual, ésta se encuentra expresamente prevista en el RRII en su art. 14.

⁴⁰¹ Al margen de los posibles litigios que surjan en esta materia entre las redes sociales *online* y sus usuarios.

⁴⁰² A este respecto, en relación con la protección de los derechos de autor en Internet: J. B. Fuentes Mañas, “Determinación de la competencia judicial internacional en los “ilícitos a distancia” sobre los derechos de autor en Internet”, *RCEA*, 2003, pp. 119-148, en esp. pp. 119 y ss. y 141. En general, sobre la eficacia práctica de los acuerdos de sumisión en la red, P. A. de Miguel Asensio, *Derecho privado...*, *ob. cit.*, pp. 949-954.

⁴⁰³ Ahora bien, desde el punto de vista de la competencia judicial internacional, no así desde la

aplicación del RBI/CL, la sumisión tácita prevalece sobre la sumisión expresa⁴⁰⁴.

2.- Actos de disposición sobre derechos de la personalidad y elección del tribunal competente

16. La posibilidad de que el titular de un derecho de la personalidad disponga de alguna de las facultades que lo integran mediante distintos actos de disposición (por ejemplo, mediante contrato, actos unilaterales de disposición o cualquier otro negocio jurídico), resulta relevante en este contexto y puede plantear la cuestión de la delimitación de aquellos aspectos que de la posible relación deberían reputarse como estrictamente contractuales y cuales no –y, en consecuencia el tipo de responsabilidad que pueda exigirse al potencial responsable en caso de lesión del derecho en cuestión-. Ahora bien, la aplicabilidad de los fueros generales no se ve afectada por la calificación de la acción como contractual o extracontractual, lo que sí resulta interesante en este ámbito particular es la posible incidencia de la autonomía de la voluntad de las partes en la elección de foro cuando existe una previa relación jurídica entre ellas (por la que una

perspectiva de la competencia interna. Corresponde a la ley procesal nacional del tribunal del foro determinar el concreto tribunal territorialmente competente y los efectos de la comparecencia de las partes como criterio atributivo de competencia interna. En particular, en el Derecho español no se admite la sumisión expresa o tácita en determinadas materias especiales, como es el caso del derecho al honor, a la intimidad persona y familiar y a la propia imagen. En estos casos resulta territorialmente competente con carácter imperativo el tribunal del domicilio del demandante, y si no lo tiene en territorio español, el tribunal del lugar donde se hubiera producido el hecho que lesione el derecho fundamental en cuestión (art. 54.1º y 52.1.6º LEC). Desde esta perspectiva, se sostiene que el art. 24 RBI es una norma de competencia judicial internacional en sentido estricto y no una norma de competencia territorial. *Vid.* comentario a la SAP de las Palmas de 30 de enero de 2004 (*loc. cit.*) por A. Hernández Rodríguez., *AEDIPr*, 2005, pp. 642-650, en esp. p. 644. No obstante, existe otro sector de la doctrina nacional que entiende que las partes pueden elegir, tácitamente, el tribunal que estimen conveniente, incluidos los tribunales del Estado del domicilio del demandado. De tal manera que el art. 24 RBI no es sólo una norma de competencia judicial internacional sino también de competencia territorial. Y es en ese sentido como se interpreta entre otros por J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, *ob. cit.*, pp. 77-79; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional y el art. 24 R 44/2001, de 22 de diciembre de 2000”, *Cuestiones actuales de Derecho mercantil internacional*, Madrid, 2005, pp. 203-215, en particular pp. 209-210.

⁴⁰⁴ *Vid.*, M. Virgós Soriano, F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho Procesal...*, *ob. cit.*, pp. 304-308; J. C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, *ob. cit.*, pp. 77-79.

de las partes, el titular del derecho, dispone de alguna de sus facetas).

17. La existencia de un contrato entre las partes en litigio no supone que todos los problemas que puedan surgir entre ellas sean de naturaleza contractual. El objeto del litigio, según el principio de disposición, se diseña por las propias partes en función de sus pretensiones es por ello por lo que el tribunal del foro necesita conocerlas para poder realizar la calificación (principalmente a través de los escritos de demanda y contestación). La calificación de la eventual responsabilidad como contractual o extracontractual cuando entre las partes existe un contrato de disposición o explotación de ciertas facetas de los bienes de la personalidad puede no resultar sencilla. Por ejemplo, en un supuesto en el que “cesionario”⁴⁰⁵ hubiera sobrepasado los términos previstos en el contrato en la utilización del derecho de la personalidad “cedido”, la posible responsabilidad se calificaría en principio como contractual⁴⁰⁶, pero podría no resultar así. Este sería el caso en el que de conformidad con el Derecho de foro la explotación o disposición de ese derecho, en todo o parte, no estuviera permitida, por lo que en este sentido el litigio estaría dentro de la responsabilidad extracontractual, y es ahí donde el tribunal del foro buscaría los fueros para determinar su competencia. Cuestión distinta son aquellos supuestos en los que las pretensiones de las partes afectan a la propia existencia o validez del contrato, como por ejemplo son las acciones declarativas de validez, nulidad o inexistencia contractual, supuestos en los que como se ha pronunciado el TJUE se incluyen dentro del fuero previsto en el art. 5.1º ⁴⁰⁷. En lo que se refiere a los contratos por los que se cede la imagen o la gestión del derecho a la imagen -dado su carácter inminentemente patrimonial generalmente admitido por todos los ordenamientos jurídicos nacionales-, es previsible que en este sentido no vayan a

⁴⁰⁵ Entendido como la contraparte en el contrato que resulta beneficiado de la disposición que el titular del derecho realiza a cambio de una contraprestación económica.

⁴⁰⁶ Como por ejemplo cuando se sobrepasa por la otra parte contratante el plazo por el que originariamente se cedió el derecho de imagen por el titular (uso de la imagen por un plazo superior al pactado), en ese caso la jurisprudencia española lo califica como mero incumplimiento contractual y no como intromisión ilegítima. *Vid.*, SAP de Barcelona (Sección 13ª) Sentencia núm. 72/2008 de 13 febrero (JUR 2008\130731).

⁴⁰⁷ *Vid.* STJCE, 17 de septiembre de 2002, as. C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi c/ Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*; STJCE 20 de enero de 2005, as. C-27/02, *Engler*, entre otras.

generar en la práctica eventuales problemas de delimitación⁴⁰⁸. Cuando el objeto de la demanda es la reclamación por impago de las remuneraciones pactadas parece que no vaya a existir problema -en principio- para calificar la responsabilidad como contractual⁴⁰⁹.

Cuando se está ante negocios jurídicos sobre derechos de la personalidad –con independencia de la terminología utilizada-, el tribunal del foro podrá acudir a los fueros generales de competencia judicial internacional –en los mismos términos que si la responsabilidad por la lesión del derecho fuera extracontractual-. Ahora bien, es muy habitual el recurso a la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual, a diferencia de lo que ocurre en el extracontractual. En el propio contrato pueden las partes recoger una cláusula de elección que deberá cumplir con los requisitos formales establecidos en el art. 23.1 RBI/CL⁴¹⁰. La redacción de la cláusula de elección de foro puede determinar la proyección de este compromiso entre las partes sobre las obligaciones extracontractuales que puedan surgir entre ellos. Es decir, las reclamaciones extracontractuales que surjan entre las partes contratantes pueden recaer dentro de la cláusula de elección si ésta es suficientemente amplia; lo que además de seguridad jurídica entre los co-contratantes supone ventajas en cuanto al tiempo y coste de previsión de la internacionalidad del litigio. Igualmente, en supuestos de sumisión tácita lo relevante es el comportamiento procesal de las partes en sede judicial, sin que incida de ninguna manera el objeto del litigio (art. 24 RBI/CL). Ya en particular en lo que se refiere al alcance de la autonomía de la voluntad de las partes en este tipo de contratos hay que señalar que los límites previstos en el régimen RBI/CL⁴¹¹ se circunscriben exclusivamente a los contratos de consumo, seguro o individuales de trabajo, y nada se dice al respecto para el resto de obligaciones contractuales y, por lo tanto, tampoco para estos contratos. Ahora bien, es posible que la lesión a los derechos de la personalidad se

⁴⁰⁸ Lo que no puede generalizarse para aquellos supuestos en los que el acto de disposición afecte a otro derecho relacionado con la personalidad tradicionalmente no patrimonializado.

⁴⁰⁹ *Vid.*, SAP de Valencia (Sección 8ª), Sentencia núm. 547/2006 de 23 octubre (JUR 2007\128631).

⁴¹⁰ Sin más ni menos problemas que cualquier cláusula de elección de foro puede plantear en la práctica según el sistema aplicable.

⁴¹¹ Y en la LOPJ donde por ejemplo para los contratos individuales de trabajo no se prevé si quiera la posibilidad de elección de foro por las partes.

derive del funcionamiento de ciertos prestadores de servicios de la sociedad de la información en relación con la prestación de sus servicios a los usuarios. En el caso particular de las redes sociales existe un contrato de prestación de servicios con sus usuarios que eventualmente puede calificarse como un contrato de consumo, de tal manera que los acuerdos de elección de tribunal –que típicamente se recogen en las condiciones o términos de uso que el usuario previamente debe aceptar- puede resulta inválido o ineficaz si se aplica el régimen previsto en el sistema RBI para los contratos de consumo.

3.- Mecanismos alternativos de solución de controversias: el convenio arbitral

A) Arbitrabilidad y orden público

18. Cuando entre las partes medie un contrato o relación jurídica previa –o incluso eventualmente sin que exista- puede plantearse la posibilidad de que se suscriba dentro de ese marco por aquellos un convenio arbitral que permita dirimir sus problemas en sede arbitral. No obstante, cuando el contrato tiene por objeto un bien inmaterial como son ciertos aspectos o facultades de un derecho de la personalidad, y más aun cuando gozan de la consideración de derechos fundamentales, podría resulta problemático la posibilidad de que los litigios que se deriven de estas relaciones contractuales puedan solventarse sin más mediante el arbitraje. Pero esto no significa que deba negarse esta posibilidad. Si las partes recogen de manera expresa su voluntad de acudir a una sede arbitral para resolver sus diferencias en relación con el contrato en común, por ejemplo mediante la inserción de una cláusula compromisoria en dicho contrato, el órgano arbitral al que se le presenta demanda debería pronunciarse además de sobre la existencia, eficacia y validez del acuerdo de elección de las partes⁴¹², sobre la arbitrabilidad⁴¹³ de la materia. Es ahí donde se encuentra el punto esencial de la

⁴¹² Todo ello constituye el régimen jurídico del acuerdo arbitral, y está unificado mediante Convención de Nueva York de 1958, Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante CNY) en su art. II.

⁴¹³ El art. II.1 CNY 1958 nada dice respecto de los requisitos de arbitrabilidad, limitándose a exigir que el convenio arbitral se refiera a un asunto que pueda resolverse por arbitraje. Consecuentemente, habrá que acudir a las normas de cada Estado para ver los requisitos que cada una de ellas establece para determinar esta cuestión. Es decir, en el marco del art. II CNY 1958 la arbitrabilidad se determina por la *lex fori* del tribunal nacional ante el que se plantea la declinatoria o la excepción de arbitraje., que en caso de España sería la Ley 60/2003 de arbitraje.

cuestión⁴¹⁴. Si se toma por ejemplo como referencia la Ley española de arbitraje, Ley 60/2003⁴¹⁵ (en adelante LA), aplicable tanto para arbitrajes domésticos como de carácter internacional, es su artículo 9.6 el que establece las reglas de arbitrabilidad cuando se trata de arbitrajes internacionales. La calificación del asunto como arbitrable puede condicionar la validez en cuanto al fondo del acuerdo arbitral⁴¹⁶, pues es posible que una de las causas que haga inválido el acuerdo arbitral sea que mediante aquél se someta a arbitraje una materia que no sea susceptible de ello si así lo prevé el Derecho aplicable⁴¹⁷. El art. 9.6 LA no establece cuáles son los requisitos de arbitrabilidad para que una materia pueda someterse a arbitraje, sino que contiene una regla de conflicto con puntos de conexión alternativos, para localizar el Derecho aplicable a la arbitrabilidad “(...) *el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por*

⁴¹⁴ Aunque este es principal problema en todos los litigios sometidos a arbitraje, lo es más cuando se trata de estos supuestos por las particularidades del objeto: derechos fundamentales.

⁴¹⁵ Si bien hay que tener en cuenta que en España, como para todos aquellos Estados que hayan suscrito el CNY de 1958, éste resulta de aplicación prioritaria cuando se trate de arbitrajes internacionales en todo aquello que recaiga dentro de su ámbito de aplicación.

⁴¹⁶ El art. II. 3 CNY 1958 hace una remisión interna al art. V.1 a) que ha de interpretarse en el sentido de que la remisión al Derecho material aplicable al convenio no es solo en fase de reconocimiento sino en una fase previa, la del análisis de la arbitrabilidad de la materia (cf. M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil...*, ob. cit., pp. 320-321). De esta forma el Derecho aplicable a la validez de fondo del acuerdo arbitral será en primer lugar el elegido por las partes y en su defecto el del país en que se haya dictado la sentencia (arbitral), es decir, la sede del arbitraje (lo que equivaldría a la *lex fori*). Sobre los requisitos de arbitrabilidad en el arbitraje comercial internacional, véase el Capítulo 9 “Arbitraje comercial internacional” de J. C. Fernández Rozas en J. C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P. de Miguel Asensio, *Derecho de los Negocios Internacionales*, 3ª ed., Madrid, 2011, en particular pp. 633- 635. Para Palao Moreno, la arbitrabilidad de la materia en el ordenamiento jurídico del lugar del arbitraje es una de las cuestiones que condicionan la elección de la sede para el arbitraje (vid. G. Palao Moreno, “El lugar del arbitraje y la deslocalización del arbitraje comercial internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIV, núm. 130, enero-abril 2011, pp. 171-205, en esp. p. 190).

⁴¹⁷ Existe una tendencia generalizada que puede observarse en el Derecho comparado a extender la arbitrabilidad a las materias con el fin de poder someter el mayor número de supuestos al arbitraje. En este sentido, puede verse por ejemplo cómo dentro del sector de las obligaciones extracontractuales en el ámbito del Derecho de la competencia existe una admisión general de la arbitrabilidad de las disputas antimonopolio. Sobre esta cuestión, A. Mourre, “Arbitrabilidad del Derecho antimonopolio desde la perspectiva europea y estadounidense”, *Arbitraje*, vol. II, nº 1, 2009, pp. 81-138.

las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español". La utilización de puntos de conexión alternativos trae como resultado un régimen de arbitrabilidad para los arbitrajes internacionales bastante flexible, materialmente orientado que lo que busca es la validez del convenio arbitral y del arbitraje en si. La cuestión entonces sería verificar si el Derecho nacional al que remite la arbitrabilidad permite o no en materia de derechos de la personalidad el recurso al arbitraje y, en su caso, los límites y condiciones para ello.

19. La arbitrabilidad en el ordenamiento español viene establecida en el art. 2 LA. Este precepto utiliza un criterio –objetivo⁴¹⁸– para distinguir las materias arbitrables de las que no lo son en función de su disponibilidad por las partes⁴¹⁹. Aquellas materias que según el Derecho español puedan disponerse por sus titulares podrán ser sometidas a arbitraje, y en sentido contrario, aquellas indisponibles serán inarbitrables⁴²⁰. Si se sigue esta lógica, por el mero hecho de que por el titular se pueda suscribir un contrato o realizar cualquier tipo de acto por el que dispone de parte de su derecho –de la personalidad-, ya se cumple con este requisito de fondo. La disponibilidad que se exige en el art. 2 LA se refiere a las consecuencias de la controversia, no a sus causas ni a la naturaleza de la normas que regulan la materia⁴²¹ (ya sea dispositiva o imperativa). Por lo tanto, resulta indiferente que la normativa reguladora de los derechos de la personalidad sea imperativa para su calificación como materia o no arbitrable⁴²². Por lo

⁴¹⁸ La LA ha optado por un modelo de arbitrabilidad objetivo que puede contraponerse a otros sistemas donde éste es de carácter subjetivo. Como por ejemplo la regla de arbitrabilidad contenida en el art. 177 de la Ley Federal Suiza del Derecho Internacional Privado, de 18 de diciembre de 1987, (Cap. XII, Arbitraje internacional): “1 *Cualquier interés patrimonial puede ser objeto de un arbitraje*”. Sin que corresponda el término arbitrable con naturaleza disponible de los derechos.

⁴¹⁹ Vid. Artículo 2 LA.

⁴²⁰ Según la Exposición de Motivos de la LA “*la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes*”. En cuanto a la libre disposición como criterio determinante de la arbitrabilidad en el ordenamiento español y en Derecho comparado, vid. P. Perales Viscasillas, *Arbitrabilidad y convenio arbitral: Ley 60/2003 de arbitraje y derecho societario*, Pamplona, 2005, pp. 127-134, en especial el análisis comparativo del uso de este criterio objetivo en los ordenamientos jurídicos francés e italiano en su nota a pie nº 1 (Cap. III).

⁴²¹ Cf. M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil...*, ob. cit., p. 322.

⁴²² Aunque también hay autores que predicán esta identidad, estableciendo que son inarbitrables

tanto, cuestión distinta es que no se trate de una disposición absolutamente libre, ilimitada, pues no se puede dejar vacío de contenido el derecho precisamente por el carácter imperativo de la normativa reguladora en la mayoría de los ordenamientos nacionales (y en caso de España además por ser un derecho fundamental⁴²³).

En consecuencia, aunque se trate de derechos fundamentales, al menos respecto de aquello que sea disponible, la materia puede calificarse como arbitrable⁴²⁴. En el Derecho español el titular del derecho a la intimidad y a la propia imagen puede disponer de ciertas facetas o aspectos de estos derechos calificables de patrimoniales⁴²⁵ -

las materias irrenunciables o las materias que están sometidas a normas de derecho imperativo o necesario. Consecuentemente, se identifica la noción clásica de orden público con la norma imperativa. Vid. J. M. Chillón Medina, J. F. Merino Merchán, “Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje”, *La Ley*. Año XXV N° 5945, 2 febrero 2004, pp. 1-8, en particular, p. 2 (“Solo son arbitrables aquellas materias que están en disposición de las partes, lo que excluye las normas imperativas o los ámbitos especialmente excluidos del arbitraje”). Pero al generalidad de la doctrina, nacional e internacional, es crítica y rechaza la identidad entre inarbitrabilidad y las normas imperativas. Entre la doctrina española véase, J. C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, 2008, pp. 871-887, donde analiza la cuestión de la arbitrabilidad a la luz de las políticas de protección en América Latina, concluyendo que existe una tendencia a vincular arbitrabilidad con orden público, lo que critica dada la evolución actual del orden público internacional que impide esa identidad (pp. 872- 876, en esp. p. 872). Cabe entonces el arbitraje en materias donde es clara la presencia del orden público cuando los árbitros tengan en cuenta la normativa imperativa que recae sobre ellas (p. 879); lo que se ratifica con la jurisprudencia nacional, vid. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia (C-330/00), de 22 de marzo de 2000. En la misma línea, vid. P. Perales Viscasillas, *ob. cit.*, pp. 142-145; L. Muñoz Sabaté, “La Ley de arbitraje: un campo sembrado de minas”, en *Arbitraje, mediación, conciliación. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ*, Madrid, 1995, pp. 203-204. Y entre la doctrina internacional, A. Berlinguer, *La comprometibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato, I, La nozione di comprometibilità*. Torino, 1999, pp. 62 y ss., y pp. 80-82; F. Festi, *La clausola compromissoria*, Milán, 2001, p. 159.

⁴²³ Al igual que en la generalidad de ordenamientos europeos.

⁴²⁴ Para considerar que una materia es de libre disposición, y por tanto arbitrable, es necesario determinar la relación jurídica objeto de la controversia, y si ésta produce derechos subjetivos que su titular pueda ejercer frente a la otra parte y hacerlos cumplir. Como ha afirmado J. Montero Aroca, serán arbitrables aquellas controversias que se fundamenten en el ejercicio de un derechos subjetivo al que corresponde una obligación por parte del demandado (cf. *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley n° 60/2003, de 23 de diciembre*, Madrid, 2004, pp. 117 y 129-130). En relación con los derechos de la personalidad, estos tienen eficacia de derechos subjetivos respecto de aquellas facetas que son susceptibles de disposición por sus titulares.

⁴²⁵ Lo que no suponen que necesariamente la disposición se realice con fines económicos, pero

lo que resulta más que evidente respecto del derecho de la imagen⁴²⁶-, derechos estos que típicamente van unidos en la práctica⁴²⁷. No así respecto del derecho al honor, pues no parece que quepa posibilidad de disponer por su titular de este derecho -ya sea o no a cambio de una contraprestación económica-. En consecuencia, si resulta arbitrable todo aquello de lo que las partes pueden disponer, se plantea entonces si puede entenderse que cualquier manifestación de los derechos de la personalidad -intimidad y propia imagen- que puedan ser disponibles por su titular es arbitrable. La respuesta a esta cuestión, de conformidad con los requisitos establecidos en el art. 2 LA, parece que es afirmativa. Es más, incluso podría afirmarse que ni si quiera es necesario que exista un contrato por el que se disponga de esas facultades que integran el derecho de la personalidad. Es decir, no es necesario que se materialice mediante contrato tal disposición sino únicamente que ésta sea posible⁴²⁸. En este sentido podría plantearse si dos sujetos entre los que no existe contrato pueden someter libremente sus controversias sobre la infracción de ciertos aspectos de los derechos de la personalidad al arbitraje. Y de la misma manera habría que responder afirmativamente. Es posible que las partes se encomienden de mutuo acuerdo a un arbitraje, por ejemplo, para concretar en caso de lesión de un derecho de la personalidad el importe de la indemnización resarcitoria. Esto es, en cualquier caso siempre serán susceptibles de arbitraje las cuestiones relativas al resarcimiento económico derivado de la lesión de éstos derechos⁴²⁹.

sí es lo más común.

⁴²⁶ Equiparable en el Derecho comparado con el denominado *right of publicity*, que se considera un derecho exclusivamente patrimonial, totalmente distinto a considerar la posibilidad de ciertas facultades sobre bienes de la personalidad. Esto es cuestión del régimen jurídico aplicable a cada uno de ellos según el Derecho operativo.

⁴²⁷ La libre disposición sobre los derechos se entiende que se trata de los derechos subjetivos de los que una persona sea titular, como es el caso de los derechos de la personalidad. En este sentido, véase P. Perales Viscasillas, *Arbitrabilidad...*, *ob. cit.*, p. 131.

⁴²⁸ La materia litigiosa puede tener origen contractual o no contractual, pero necesariamente tiene que versar sobre una cuestión sobre las que las partes tengan el poder de libre disposición, para que sea arbitrable. Cf. J. C. Fernández Rozas, *Tratado...*, *ob. cit.* pp. 589-590

⁴²⁹ Mayores problemas plantean los supuestos en los que la víctima quisiera someter a arbitraje cuestiones no pecuniarias. Sería el caso, por ejemplo, en el que se solicitara mediante arbitraje una medida de cesación de actividad –transfronteriza-, e incluso acciones preventivas de daños futuros. Al margen de los eventuales problemas que estas cuestiones pueden plantear en términos generales en cualquier materia en sede judicial –en atención a las fuentes y límites del poder de los árbitros, y por los problemas de delimitación acerca de la naturaleza sustantiva o procesal de este tipo de remedios- estos se

20. Consecuentemente con todo lo anterior, cuando se trata de un arbitraje el carácter contractual o extracontractual del asunto no es relevante para la calificar la materia como arbitrable. Cabe dirimir litigios en materia extracontractual mediante arbitraje⁴³⁰ siempre que exista acuerdo arbitral entre las partes y la materia sea disponible según el Derecho aplicable. A diferencia de lo que ocurre ante los tribunales jurisdiccionales, la calificación de la cuestión como extracontractual o contractual no incide en la competencia del arbitraje para conocer porque las normas aplicables por una y otra jurisdicción son distintas. Si es un órgano judicial tendrá que buscar su competencia judicial internacional en los fueros previstos para materia extracontractual o contractual -según se trate-, que son distintos en el sistema RBI/CL/LOPJ⁴³¹ (y lo mismo respecto de las reglas de DIPr para la determinación del Derecho aplicable), pero si se está en sede arbitral lo único exigible para concretar su competencia es la existencia de un convenio arbitral entre las partes válido y eficaz sobre una materia arbitrable.

En cualquier caso, existen algunas materias en las que el recurso al arbitraje está completamente excluido desde el punto de vista jurisdiccional y, por lo tanto, los convenios arbitrales no son válidos para excluir la competencia de los tribunales judiciales. Consecuentemente, estas materias son no arbitrables, lo que obedece al doble sentido de la libre disposición que se exige: tanto en relación con el Derecho material como con el Derecho jurisdiccional o procesal⁴³². Generalmente esto coincide con las materias cuyo conocimiento se quiere centralizar imperativamente por el Estado por razones de interés general (competencias exclusivas)⁴³³. Tanto en los textos europeos analizados (RBI/CL) como el sistema autónomo español (LOPJ) no se prevén competencias exclusivas en materia de derechos de la personalidad (ni si quiera

hacen más evidentes cuando el posible recurso al orden público es casi seguro en este tipo de litigios por el tipo de derechos en conflicto y su reglamentación sustantiva. Sobre el recurso al arbitraje para medidas no pecuniarias, *vide* D. Ramos Muñoz, “Los árbitros y el poder para dictar condenas no pecuniarias”, *Arbitraje*, vol. I, nº 3, pp. 659- 722.

⁴³⁰ *Vid.* Art. I.1 CNY 1958.

⁴³¹ *Vid.* P. Perales Viscasillas, *Arbitrabilidad...*, *ob. cit.*, p. 153-157.

⁴³² *Cf. ibid.*, pp. 131- 132.

⁴³³ *Vid.* N. Bouza Vidal, “La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral”, *REDI*, vol. LII, 2000, pp. 371-393.

previsión alguna de límite para la competencia judicial internacional para la protección del contratante débil para el caso de contratos de disposición de estos derechos, pues no se recoge si quiera esta posibilidad⁴³⁴), lo que facilita la apreciación de que no se trata tampoco de una materia in arbitrable⁴³⁵.

21. Cuando el laudo quiera hacerse efectivo en sede judicial siempre puede entrar en juego el recurso al orden público, tanto en fase de recurso contra el laudo (acción de anulación) como en el de reconocimiento previo a su ejecución (exequátur)⁴³⁶. En este sentido, cabe afirmar que los estándares nacionales de orden público tanto para denegar el reconocimiento como para apreciar la anulación del laudo prácticamente coinciden. De esta forma, aunque el arbitraje aparezca como una “jurisdicción” alternativa que puede operar sin referencia a un ordenamiento jurídico nacional esto no es así, pues existen límites extrínsecos como son la arbitrabilidad⁴³⁷ y el orden público, que por remisión determinan la aplicación del Derecho nacional, aunque en momentos distintos⁴³⁸. Además, y en consecuencia, el orden público también puede condicionar el Derecho aplicable por el árbitro para resolver la controversia⁴³⁹, aunque cuente con mayor margen de libertad que los órganos jurisdiccionales en este ámbito.

⁴³⁴ Lo que no supone su exclusión pues cae dentro del ámbito material de aplicación de estos instrumentos al no ser una materia excluida en el art. 1 RBI/CL.

⁴³⁵ La LA, y en general las leyes de arbitraje que siguen el modelo UNCITRAL, tienden a flexibilizar en lo posible las consideraciones de orden público en torno a la arbitrabilidad con el propósito de ampliar aun más estas materias en el futuro (Cf. J.C. Fernández Rozas, E. Artuch Iriberti, “Propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, elaborada por la Corte Española de Arbitraje (diciembre 1996)”, *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 303-380., en esp. p. 309). Y en este sentido debería interpretarse el art. 2 LA para que tuviera cabida, al menos como posibilidad para las partes, un arbitraje sobre contratos de disposición de derechos de la personalidad.

⁴³⁶ *Vid.*, el art. V. 2 b) CNY 1958. Entre la doctrina, *vid.* E. Artuch, “Contenido del orden público en el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (reflexiones a cerca del ATS de 1 de diciembre de 1998)”, *RCEA*, vol. XVI, 200-2001, pp. 123-133.

⁴³⁷ *Vid.*, el art. II.1 CNY 1958.

⁴³⁸ Sobre la incidencia del Derecho nacional a través del orden público y la arbitrabilidad en el arbitraje, *vid.*, F. González de Cossío, “Orden público y Arbitrabilidad”, *Ars Iuris*, Nº. 40, 2008, pp. 215-236.

⁴³⁹ *Vid.*, J. C. Fernández Rozas, *Tratado...*, *ob.cit.*, en cuanto a la relación entre el orden público y la arbitrabilidad de la materia (pp. 871-876) y en lo que respecta a la incidencia del orden público como causa de anulación del laudo (pp. 1126-1128)

22. Dentro del posible orden público que puede operar en este ámbito, también tiene especial relevancia la regulación estatal relativa a la interacción de los derechos de la personalidad con otros derechos también fundamentales. En particular la especial tutela que de la libertad de expresión e información se da en ciertos Estados. Por ejemplo, en EEUU donde –como ya se anticipó- los derechos de la personalidad son derechos derivados de manera interpretativa por la jurisprudencia mientras que la libertad de expresión está consagrada y tutelada expresamente por la Primera Enmienda de la Constitución americana –lo que condiciona los límites de unos y otros derechos-. Por ello es posible que un laudo arbitral por el que se reconozca la existencia de una lesión a un derecho de la personalidad y la condena al pago de una indemnización a su titular luego quede sin efecto porque el Derecho nacional al que remite el orden público tutele bajo la libertad de expresión la manifestación que se califica como lesiva, por lo que no se admita la existencia de responsabilidad alguna. Consecuentemente, no se reconocerá efectos a esa resolución por ser restrictiva de una libertad constitucional como es la libertad de expresión y, por lo tanto, contraria a su orden público. Pero en estos casos no plantea ninguna diferencia, *per se*, que la resolución que se pretenda reconocer y ejecutar sea de naturaleza arbitral, es decir, para el tribunal requerido la aplicación de su orden público para impedir el exequátur de la resolución no dependerá de si es o no un órgano judicial el emisor, sino que el contenido de la resolución sea contrario a esa normativa esencial del foro.

B) Iniciativas para la resolución extrajudicial de controversias

23. El eventual recurso a los mecanismos alternativos de solución de controversias en las materias pertenecientes al sector de la responsabilidad extracontractual y, en particular en las demandas sobre difamación o lesión de otros derechos de la personalidad es una de las posibilidades por la que parece que apuestan las instituciones europeas. Para afirmar tal extremo puede referirse la Propuesta del Parlamento Europeo para la revisión del RR II -con el objeto de incorporar una regla de conflicto específica para los litigios transfronterizos sobre difamación y demás derechos de la personalidad- presentado el pasado noviembre de 2011, donde se hace referencia expresa y fomenta la resolución alternativa de controversias (ADR) para este tipo de

obligaciones extracontractuales⁴⁴⁰.

Así mismo, al margen de los eventuales problemas de arbitrabilidad que el recurso al arbitraje pudiera plantear en los ordenamientos jurídicos nacionales por cuestiones de orden público -en relación con los derechos fundamentales implicados en estos litigios-, en la generalidad de sistemas no va a plantear problemas en esta materia el uso de este mecanismo alternativo para resolver sobre aquellas cuestiones relativas al resarcimiento económico derivado de la violación de los derechos de la personalidad. Esta tendencia ha tenido reflejo en ciertas iniciativas de la práctica reciente. Es el caso de Gran Bretaña, donde una empresa sin ánimo de lucro ha lanzado una propuesta el pasado 21 de junio de 2011 para el uso del arbitraje para la resolución de litigios sobre difamación (libelo) por la publicación de información por los medios de comunicación, si bien con carácter voluntario⁴⁴¹. Se trataría de un mecanismo alternativo o previo a la acción judicial, aunque esta posibilidad no está prevista por la actual regulación -que actualmente se encuentra pendiente de revisión⁴⁴²-. Esta iniciativa, aunque se limita a supuestos en los que el demandado es un medio de comunicación, permite al menos plantear la posibilidad de que en un futuro entre particulares pueda utilizarse este mecanismo de solución de controversias, cuando por ejemplo la lesión venga por un comentario en un blog, en una red social, etc., y la reclamación se limite a cálculo del *quantum* indemnizatorio.

⁴⁴⁰ Apartado M, p. 6.

⁴⁴¹ Sobre el impacto de la posible incorporación de un mecanismo alternativo de solución de controversias en esta materia véase la noticia publicada en el *Financial Times* en su versión digital (<http://www.ft.com/intl/cms/s/0/7dba3944-9aa0-11e0-bab2-00144feab49a.html#axzz1Pu88Zhqb>) (visto el 20 de junio de 2011)

⁴⁴² Al respecto, véanse la *Draft defamation Bill* de 11 de marzo de 2011, disponible en <http://www.justice.gov.uk/downloads/consultations/draft-defamation-bill-consultation.pdf>; el informe del *Joint Committee report on the Draft Defamation Bill*, publicado el 19 de octubre de 2011, <http://es.scribd.com/doc/69285472/Draft-Defamation-Bill-Report>; así como el resultado de las consultas en la *Draft Defamation Bill: Summary of Responses to Consultation*, publicada el 24 de noviembre de 2011, <http://www.justice.gov.uk/downloads/consultations/draft-defamation-bill-consult-summary-responses.pdf>

III.-El fuero del domicilio del demandado

1.- Operatividad del fuero general del domicilio del demandado

24. Tanto los sistemas institucional y convencional (art. 2 RBI/CL) como la generalidad de los sistemas de fuente interna de los Estados europeos⁴⁴³ (art. 22.2 LOPJ), prevén el fuero general del domicilio del demandado como criterio atributivo de competencia judicial internacional⁴⁴⁴. El recurso al tribunal del domicilio del demandado tiene mayor operatividad práctica que los pactos de elección en este específico campo de la responsabilidad extracontractual. Este fuero resulta eficaz para concentrar las acciones contra el agente causante de la lesión de los derechos de la personalidad, pues los tribunales del Estado del domicilio del que resulte legitimado pasivamente podrán conocer de todas las acciones que puedan deducirse contra él, con independencia del país o países donde se hubieran producido los hechos dañosos -o materializado el daño-. Este fuero general otorga competencia a los tribunales del domicilio del demandado con independencia del medio utilizado para la comisión del ilícito y del lugar donde se originó el daño o donde finalmente se materializó. De esta manera se facilita la concentración de acciones en una única jurisdicción frente a un mismo sujeto, lo que resulta particularmente interesante cuando el medio utilizado es de carácter global como Internet -y por tanto también el alcance de la difusión de los contenidos lesivos-.

25. Tal y como se encuentran diseñados los distintos regímenes aplicables para la determinación de la competencia judicial internacional, el establecimiento secundario del demandado no se configura en sí mismo como un fuero general de competencia, aunque algunos autores sí lo consideran como “casi-general”⁴⁴⁵. La consideración de

⁴⁴³ Por ejemplo el art. 149.1 de Ley rumana nº. 105/1992 sobre relaciones de Derecho internacional privado (*loc. cit.*), prevé como criterio de atribución de competencia cuando el domicilio del demandado (o al menos de uno de los demandados en supuestos de litis consorcio pasivo), la residencia habitual o fondo de comercio se encuentren en Rumania, es más, cuando el domicilio del demandado no pudiera ser establecido podrá operar el *forum actoris*.

⁴⁴⁴ Para un análisis general de la regla general de competencia del domicilio del demandado en el RBI *vid.* P. Vlas, “Chapter II. Jurisdiction. Section 1: General provisions”, en P. Mankowski, U. Magnus (eds.), *European commentaries on ..., ob. cit.*, pp. 76- 82.

⁴⁴⁵ Cf. G. Palao Moreno, “Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet”, *Cuestiones de Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación*, 2006, pp.

este posible criterio de atribución de competencia supone una opción más para el actor que busca la protección de sus intereses. Esta posibilidad debe entenderse abierta para aquellos supuestos en los que el eventual demandado tenga su domicilio en un tercer Estado –no comunitario/Lugano-, pero opere a través de filial, agencia o sucursal establecida en un Estado miembro. En las operaciones *on line* es muy corriente la utilización de sucursales, filiales o agencias en cada uno de los países donde los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información actúan. Esta eventual relevancia del establecimiento secundario ha tenido materialización en la legislación española, y así lo recoge expresamente el artículo 2.3 II de la LSSI.

Ahora bien, la utilización de este criterio de competencia como alternativa al fuero general del domicilio del demandado debe interpretarse de forma estricta: únicamente para aquellos casos en los que verdaderamente existe un establecimiento secundario con ubicación física –con independencia de que sea agencia, sucursal o filial-. La calificación de establecimiento secundario en estos términos ha de ser de igual manera limitada. Así, únicamente podrá hablarse de establecimiento secundario cuando tenga una localización física de carácter permanente⁴⁴⁶ –quedando excluidas todas aquellas situaciones de carácter temporal, por ejemplo, la mera utilización de los medios tecnológicos de un país concreto-.

26. Las ventajas que proporciona este fuero general a la víctima -como criterio de competencia alternativo ilimitado- son bastante claras y también resultan predicables para los supuestos de responsabilidad por “ilícitos a distancia”, con especial referencia a los producidos a través de actividades desarrolladas en Internet. Fundamentalmente estas ventajas se concretan en la eficacia de la decisión, pues facilita la ejecución de la posible sentencia condenatoria si conlleva el pago de indemnización por la lesión del derecho, pues típicamente el patrimonio del demandado se encuentra en el lugar de su

275-297, en esp. pp. 284 -285.

⁴⁴⁶ En este sentido, véase entre otros, G. Palao Moreno, “Competencia judicial internacional,...”, *loc. cit.*, p. 285; en concreto para el sector del comercio electrónico: S. Álvarez González, “Comercio Electrónico: competencia judicial internacional y ley aplicable”, en J. A. Gómez Segade (Dir.), *Comercio Electrónico en Internet*, Madrid, 2001, pp. 419.425; P. Cerina, “Il problema della legge applicabile e della giurisdizione”, en E. Tosi (ed.), *I problemi giuridici di Internet*, Milán, 2003 (3a ed.), pp. 351-465, en particular, p. 428.

residencia habitual. Para que verdaderamente suponga una prerrogativa para el demandante es necesario que tal criterio esté configurado como una verdadera opción para la víctima a la hora de elegir el foro donde hacer valer sus intereses y defender sus derechos, puesto que si se trata de una aplicación exclusiva del sistema en cuestión esta potencial ventaja se diluye⁴⁴⁷.

En particular, este fuero puede resultar no recomendable cuando se trate del ejercicio de acciones de cesación -como acción de fondo o como medida provisional o cautelar- para actividades transfronterizas, como así ocurre en aquellas desarrolladas en la red si el servidor donde se aloja la página *web* que contiene la información lesiva se encuentra en otro Estado distinto del domicilio. La medida judicial de cesación adoptada por el tribunal del domicilio del demandado no tiene eficacia directa en el país del establecimiento del servidor. Será necesario acudir al previo reconocimiento para la ejecución extraterritorial de esa medida (*exequatur*). En este sentido, es posible que esa medida quede sin eficacia si no pasa con éxito el proceso de homologación de decisiones extranjeras prevista en el Estado requerido. Esta regla tiene una importante excepción en el sistema europeo, contenida en el artículo 31 RBI/CL, que otorga competencia judicial internacional específica a los Estados miembros para adoptar las medidas judiciales cautelares necesarias en su territorio aunque la causa principal (típicamente la acción para reclamación de indemnización por daños y perjuicios) se siga ante otro tribunal miembro -por ejemplo el país del domicilio del demandado-. Tampoco podría resultar adecuado este criterio si el presunto responsable de la lesión actúa desde lugares lejanos y además el demandante desconoce el lugar del domicilio o no puede conocerlo fácilmente -como ocurre en la mayoría de los casos de ilícitos *online*-⁴⁴⁸.

27. La idoneidad de este criterio general de competencia en el ámbito de la responsabilidad extracontractual -y en especial respecto de los ilícitos cometidos por

⁴⁴⁷ En este sentido, G. Kaufmann-Kohler, "Internet: mondialisation de la communication-mondalisation de la résolution des litiges?", en K. Bolee-Woelki, y C. Kessedjian (dirs.), *Internet. Which Court decides Which Law Applies?*, La Haya, 1998, pp. 89-119, en particular p. 111.

⁴⁴⁸ Lo que ha tenido reflejo en la jurisprudencia norteamericana respecto de los ilícitos verificados *online*. Para un análisis de la jurisprudencia norteamericana en este sentido, véase, T. Ballarino, *Internet nel mondo de lla legge*, Padova, 1998, p. 189.

publicación de informaciones lesivas en medios de comunicación-, viene determinada por varios motivos⁴⁴⁹. En primer lugar, este fuero de competencia resulta, en principio, menos problemático y más sencillo de aplicar en relación con las demás opciones con las que generalmente podría contar la víctima (en especial en lo que respecta a la aplicación del fuero de competencia especial, fundamentalmente por el problema de determinación del lugar del daño en los ilícitos a distancia). Además, la alternativa del uso de la autonomía jurisdiccional de las partes –como ya se ha visto- es muy limitada en este sector material concreto. En segundo lugar, el criterio del domicilio es fácilmente concretable en la práctica –con salvedades- puesto que no depende de circunstancias o condicionamientos externos propios, por ejemplo los tecnológicos, de ciertos ámbitos de este sector (como sería el caso de los ilícitos por Internet⁴⁵⁰). Para la operatividad de este fuero es irrelevante la localización física de los ordenadores desde los que se actúa, tampoco importa la ubicación del servidor desde el que se opera, por lo que todas estas circunstancias no “deforman” su funcionamiento⁴⁵¹. Por último, a todo lo anterior ha de añadirse la practicidad que supone el poder demandar por la totalidad de los daños causados por el demandado en el territorio de su domicilio –con competencia ilimitada- con independencia del lugar donde se hubieran manifestado los daños. Con ello se permite a la víctima la opción de acumular todas las posibles acciones ejercitables contra esa misma persona e igualmente facilita la ejecución forzosa⁴⁵² de la eventual resolución condenatoria –pues generalmente el demandado tiene sus bienes en el lugar de su domicilio-.

⁴⁴⁹ Entre otros, puede verse G. Palao Moreno, “Competencia judicial internacional...”, *loc. cit.*, pp- 282-284.

⁴⁵⁰ Para G. Palao Moreno este criterio general de competencia “constituye una solución tecnológicamente neutra” (*Ibid.*, p. 282).

⁴⁵¹ En este sentido se ha manifestado diversa doctrina. *Vid.* P. Cerina, “Il problema della...”, *loc. cit.*, p. 425.

⁴⁵² Entre otros, P. A. De Miguel Asensio, *Derecho Privado...*, *ob. cit.*, p. 570 y J. B. Fuentes Mañas, “Determinación de la competencia judicial internacional en los “ilícitos a distancia” sobre los derechos de autor en Internet”, *RCEA*, 2003, pp. 119-148, en esp. p. 136.

2.- Referencia al régimen de fuente interna

28. En el sistema general de competencia español se recoge, junto con los fueros generales, una norma de competencia de carácter específico para las obligaciones extracontractuales. Se trata del fuero de residencia habitual común del autor del daño y la víctima, lo que en la práctica se traduce o se asimila al fuero general del domicilio del demandado. El art. 22.3 LOPJ atribuye competencia a los tribunales españoles en materia de obligaciones extracontractuales si “el autor del daño y la víctima tuvieran su residencia habitual en España”. La previsión de este fuero en el sistema autónomo puede sorprender por varias razones. En primer lugar, porque esta norma ya prevé como criterio general de competencia de los tribunales españoles el domicilio del demandado y, en segundo lugar, porque en la práctica el resultado de aplicar uno u otro fuero va a ser idéntico. Esta casi segura identidad de resultado va a ser consecuencia por un lado de la más que posible coincidencia entre autor del daño y demandado (dejando al margen acciones de cesación, entre otros supuestos particulares), y de residencia habitual y domicilio por otro. Aunque desde el punto de vista teórico pueden referir realidades distintas⁴⁵³, pues el vocablo “residencia habitual” es un término fáctico en contraposición del de domicilio –concepto jurídico-⁴⁵⁴, por lo general coinciden en la práctica de forma frecuente (debido a lo establecido en el art. 40 Cc.). Desde esta única perspectiva, el art. 22.3 LOPJ no aporta nada nuevo a lo establecido en el art. 22.2 LOPJ, es más, incluye un requisito añadido, pues no es suficiente con que España sea el lugar del domicilio del demandado -autor del daño- sino que se exige además la residencia habitual de la víctima en este país.

La finalidad que se persigue con el fuero del art. 22.3 LOPJ es la protección de los residentes en España y, consecuentemente, dotar de un suficiente volumen de

⁴⁵³ Sobre las diferencias entre los dos conceptos, puede verse J. M. Espinar Vicente, *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, 1994, pp. 348-350; y la definición de “residencia habitual” en A. Montoya Menglar, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Madrid, 1995, pp. 5877-5879.

⁴⁵⁴ O en términos de Espinar Vicente: el domicilio es un concepto jurídico-formal, mientras que la residencia habitual se configura como una noción jurídico-real. Cf. J. M^a. Espinar Vicente, *Tratado Elemental de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 2008, p. 317.

competencia a los tribunales españoles (aumentándolo)⁴⁵⁵. Además, esta regla permite controlar bajo la jurisdicción nacional aquellos casos donde el elemento extranjero no fuera relevante, o la internacionalidad del supuesto fuera artificial al estar los principales elementos en conexión con un único Estado, España⁴⁵⁶. Con esta norma se pretende buscar el tribunal más vinculado con el asunto, que podría ser el de la residencia habitual de las partes en lugar del criterio establecido como regla especial - lugar del daño-, por lo que la conexión vendría dada por el estatuto personal común⁴⁵⁷. Si bien estas consideraciones tienen buena acogida en sede de Derecho aplicable⁴⁵⁸ no ocurre lo mismo en sector de competencia⁴⁵⁹. El principal argumento se encuentra en la ya indicada falta de funcionalidad de esta norma⁴⁶⁰ -lo que se ha traducido en escasa o

⁴⁵⁵ Cf. C. Senés Motilla, "Sistema de competencia judicial internacional en el ámbito civil: el art. 22 LOPJ", *Justicia*, 1986, núm. III, pp. 683-704, en esp. p. 702; A. Borrás Rodríguez, "Los supuestos de tráfico privado internacional en los medios de comunicación social", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1985, pp. 373-401, en particular, p. 400; P. Abarca Junco, "Las obligaciones extracontractuales", en P. Abarca Junco (dir), *Derecho internacional privado*, vol. II, 1ª ed., Madrid, 2010, pp. 341-358.

⁴⁵⁶ En realidad no cabría apreciar conflicto de jurisdicción dada la ausencia de elemento internacional o la falta de relevancia real de éste. En este sentido, véase, J. M. Espinar Vicente, *Tratado Elemental...*, *ob. cit.*, pp. 31-37.; C. Senés Motilla, *loc. cit.*, p. 702. Siguiendo esta línea argumental, se ha llegado a afirmar que esta norma obedece a la necesidad de que el autor del daño tenga una conexión mínima con el lugar del hecho dañoso (la residencia habitual se la víctima). Cf. M. Desantes Real, *La competencia judicial en la Comunidad Europea*, Barcelona, 1986, p. 288.

⁴⁵⁷ Cf. A. Borrás Rodríguez, "Los supuestos...", *loc. cit.*, p. 400. Aunque se critica por ésta la utilización por la norma legal del término residencia habitual en vez de domicilio.

⁴⁵⁸ Entre otros, *vid.* J. M. Espinar Vicente, *Curso de Derecho internacional privado español. Derecho procesal Civil Internacional*, Madrid, 1993, p.114. También en esta línea, M. A. Amores Conradi señala que esta norma se basa en la Sentencia *Babcock c. Jackson*, si bien esta resolución se refiere al Derecho aplicable. *Vid.* "La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ", *REDI*, vol. XLI, núm. 1, 1989, pp. 113-156,-en esp. p. 133, nota 56.

⁴⁵⁹ Este fuero ha sido criticado por no ser internacionalmente aceptada la solución establecida. Cf. V. Cortés Domínguez, "La nueva regulación de la competencia jurisdiccional internacional en materia civil (arts. 21 y 22 LOPJ)", *Justicia*, 1985, núm. IV, pp. 775-796, en esp. p. 790. Pero otros afirman que la LOPJ ha adoptado en este sentido un criterio generalmente aceptado (cf. J. Santos Briz, *La responsabilidad civil, Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Madrid, 7ª ed., T. II, 1991, p. 1005).

⁴⁶⁰ En este sentido J. M. Espinar Vicente ha llegado a afirmar que la utilización de esta norma no se entiende demasiado bien en conflictos de jurisdicciones pues supone un retroceso al fuero general (cf. *Curso de Derecho internacional privado español. Derecho procesal Civil Internacional*, Madrid,

casi total ausencia de jurisprudencia nacional que base su competencia en esta regla⁴⁶¹-. Cabe referir en este sentido la SAP de las Palmas de 20 de enero de 2004⁴⁶² en un supuesto de lesión del derecho al honor a través de Internet con servidor ubicado en EEUU. Esta resolución se centra, por un lado, en la falta de jurisdicción de los tribunales españoles alegada por la parte demandada (recurrente) en segunda instancia, por la localización del servidor (que por otro lado no es demandado en la causa, por lo que únicamente resulta este dato relevante a la hora de determinar que se trata de un supuesto con elemento internacional y por tanto objeto del DIPr.) y, por otro, en la procedencia o no del control de oficio de la competencia por parte del juez. Partiendo del hecho de que la declinatoria internacional aludida era extemporánea (dado que no se realizó en tiempo y forma, es más, no se manifestó nada en este sentido en primera instancia, lo que permitía considerar una potencial sumisión tácita a los tribunales españoles), supone que la Audiencia no tendría que haber realizado un análisis de fondo sobre la competencia juncial internacional de los tribunales españoles, como sí hizo. Lo más llamativo es que la Audiencia erróneamente recurre a la LOPJ para fundamentar la competencia en vez de al sistema comunitario (CB o RBI, dependiendo de la fecha de presentación de la demanda, información que no aparece en la sentencia de segunda instancia). En concreto, se fundamenta en la regla 8ª del art. 22.3 LOPJ para alegar dicha competencia, al ser España la residencia habitual común de la víctima y de la autora del hecho dañoso. Nada se dice del domicilio del demandado, lo que supondría claramente la aplicación no del fuero del art. 22.2 LOPJ sino del art. 2 (CB-RBI). Esta resolución también resulta interesante respecto de la concreción del *locus delicti* en

1993, p. 114). En la misma línea, por su poca utilidad práctica, M. A. Amores Conradi, “La nueva estructura...”, *loc. cit.*, p. 133, nota 56 y G. Palao Moreno, *Responsabilidad Civil por daños al medio ambiente*, Valencia, 1998, p. 90.

⁴⁶¹ No es fácil encontrar jurisprudencia española en la que el tribunal haya fundamentado exclusivamente su competencia judicial internacional en el art. 22.3º regla 8ª LOPJ, pues en los casos en los que se ha aplicado la competencia de los tribunales españoles hubieran podido igualmente fundarse en el art. 22.2 LOPJ (fuero general del domicilio del demandado) sin que se hubiera alterado en nada el resultado: reconocer la competencia de los tribunales españoles. Véanse, por ejemplo, SAP Madrid de 4 de enero de 1994 (*REDI* 1995-1, 1995-17-Pr, pp. 249-253 y nota de Mª. V. Cuartero Rubio), SAP Pontevedra de 17 de diciembre de 1993 (*REDI* 1995-1, 1995-1-Pr, pp. 209-211 y nota de M. Requejo Isidro); SAP de Baleares de 27 de noviembre de 2000 (Sentencia núm. 771/2000 de 27 noviembre JUR 2001\52945).

⁴⁶² *REDI* 2004-2, 2004-27-Pr, pp. 875-881, con nota de K. Fach Gómez.

territorio español que lo aborda como fuero alternativo. Para ello también se refiere al art. 22.3 LOPJ y no al art. 5.3 (CB/RBI). En cualquier caso, este precepto tampoco podría entrar en juego porque no se cumple el requisito de que la persona domiciliada en un Estado miembro fuere a ser demandada en otro Estado contratante. Como en este caso la demandada se encontraba domiciliada en España no podría fundamentarse la competencia de los tribunales españoles en el fuero especial del *locus delicti*, por no ser Estado distinto.

29. A pesar de todo, el fuero del art. 22.3 LOPJ no es completamente inútil, ya que puede recurrirse a esta norma en casos excepcionales, pues no tiene porqué coincidir necesariamente la víctima con el demandante y el autor del daño con el demandado⁴⁶³. Esto es, el demandado no debe haber participado de ninguna manera en la generación del daño –pues en caso contrario se estaría ante una coautoría con mayor o menor grado de participación- ni tampoco que se le pueda imputar responsabilidad solidaria idéntica al autor del daño (como ocurre por ejemplo cuando el daño se comete por la publicación de la información en ciertos medios de comunicación, pues la Ley de prensa española establece la responsabilidad solidaria de ciertos sujetos al mismo nivel que el autor del daño). Esto limita mucho su aplicabilidad. Así, un ejemplo de su posible aplicación sería cuando se demanda directamente a la aseguradora de la responsabilidad civil –que no ha realizado ningún acto que haya originado el daño-. En este supuesto, si la aseguradora no tuviera su domicilio en territorio Español -sino en un tercer Estado no contratante de RBI (CL)- pero el autor del daño y la víctima sí, los tribunales españoles no serían competentes de conformidad con el art. 22.3 sino que serían competentes en virtud del art. 22.3 regla 8ª LOPJ.

En los supuestos de responsabilidad civil por lesión de derechos de la personalidad raramente esta norma va a tener utilidad, pues la responsabilidad por daños a este tipo de derechos no suelen ser asegurados por compañías (ni nacionales ni extranjeras). Pero para el hipotético caso de que estuviera asegurado, la norma permitiría que la víctima que tiene su residencia en el mismo territorio que el causante del daño no acudiese a los tribunales del lugar del hecho dañoso ni del domicilio del

⁴⁶³ En este sentido, la norma sólo se entiende en aquellos supuestos raros en el que ni el demandado es el autor del daño ni el demandante la víctima del mismo. Cf. M. A. Amores Conradi, “La nueva estructura...”, *loc. cit.*, p. 133 (en nota 56).

demandado -la compañía aseguradora-, sino al de su residencia habitual. En cualquier caso, la potencial virtualidad de esta regla queda disminuida por el hecho de que en la mayoría de los supuestos sea de aplicación el RBI y no la LOPJ. Si el riesgo es asegurado por una compañía extranjera en régimen de libre prestación de servicios -comunitaria-, ésta compañía estará con toda probabilidad domiciliada en un Estado comunitario y por lo tanto del RBI (o en su caso el CL si se trata de alguno de los Estados EFTA). No obstante, es posible encontrar un ejemplo más viable en este tipo de litigios que permitiría eventualmente a la víctima acudir a foro de su residencia habitual -común con el agente del daño-. Es el caso del ejercicio de acciones de cesación o prohibición por el perjudicado frente a los prestadores de servicio *online*, cuando estos carecen de responsabilidad alguna en la comisión del daño. En ese caso, si el autor material -el que colgó los contenidos lesivos- y el perjudicado residen en España, y el demandado -el prestador en cuya página *web* se encuentra alojada la información lesiva al que se le solicita la cesación- tiene su domicilio en un tercer Estado no RBI/CL (como generalmente ocurre en la práctica por ejemplo con las redes sociales más importantes que tienen su establecimiento en EEUU).

3.-) Problemas de concreción del fuero

30. A pesar de las ventajas atribuibles a este criterio general, cabe apreciar que son bastante reducidos los supuestos en los que las lesiones a los derechos de la personalidad por publicación de contenidos en Internet son juzgados por el tribunal del domicilio del demandado, aunque sí se dan en mayor medida cuando se utilizan medios de difusión tradicionales. Por lo general, el llamado coste de la internacionalidad del litigio, cuando éste se tramita ante los tribunales del domicilio del demandado, recae íntegramente sobre la víctima –pues la carga de la internacionalidad jurisdiccional se impone al actor⁴⁶⁴-. Son costes generalmente muy elevados que en ocasiones no estará dispuesto a asumir el perjudicado. Esto es más claro cuando el ilícito se cometió a través de un medio masivo, capaz de materializar el daño/s no sólo en varios lugares al mismo tiempo sino en lugares muy distantes entre sí –claro ejemplo de ello es Internet, dado su ámbito global-. Esto incrementa notablemente los costes del litigio en perjuicio

⁴⁶⁴ En virtud del principio *actor sequitur forum rei* (es el potencial actor el que debe “buscar” al demandado). *Vid.* M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alferez, *Derecho Procesal...*, *ob. cit.*, pp. 122-123.

exclusivo del demandante. Además, en el caso de los ilícitos *on line* es posible que el Estado del domicilio del demandado no coincida con el de ubicación del servidor. Por lo que ante la solicitud de cesación o prohibición del comportamiento lesivo (bien como medida cautelar previa o coetánea a la demanda, bien directamente mediante el ejercicio de acción de cesación con independencia de la de reparación), podría resultar conveniente que se solicitaran ante un tribunal distinto a este foro general que, en su caso, conozca de la acción principal. Todo ello incrementa las cargas del perjudicado, con el consecuente incremento de costes para esta parte⁴⁶⁵.

31. La concreción práctica de este fuero general puede plantear serios problemas para su aplicación, tanto en lo que se refiere a lo que debe considerarse como domicilio a tales efectos como en la determinación del propio demandado. Estas dos cuestiones se complican cuando el medio utilizado para la lesión de los derechos es Internet, donde la acción de la que puede derivarse el litigio es compleja y se multiplica el número de sujetos intervinientes, lo que se analizará en los párrafos posteriores.

A) Determinación del domicilio

32. A los efectos de la determinación del domicilio del demandado debe estarse a lo dispuesto en los artículos 59 y 60 del RBI⁴⁶⁶. No obstante, estos preceptos no son suficientes para dar solución a todos los problemas que en la práctica pueden darse a la hora de concretar este lugar. En este sentido, cuando el ilícito ha sido cometido en el medio virtual este criterio puede generar problemas interpretativos y de localización por la ausencia de condicionantes territoriales en su configuración. Aunque dichos problemas podrían ser resueltos con una interpretación flexible y adecuada al ámbito y al caso concreto⁴⁶⁷. Además, el domicilio del demandado es una categoría totalmente independiente de la ubicación del servidor mediante el cual el demandado se conecta a

⁴⁶⁵ Siguiendo esta línea, entre otros, véanse J. B. Fuentes Mañas, “Determinación de la competencia...”, *loc. cit.*, p. 136.

⁴⁶⁶ *Vid.* P. Vlas, “Chapter II. Jurisdiction. Section 1: General provisions”, en P. Mankowski, U. Magnus (eds.), *European commentaries on ..., ob. cit.*, p. 80.

⁴⁶⁷ A favor de esta interpretación., G. Palao Moreno, “Competencia judicial internacional...”, *loc. cit.*, p. 284.

la Red así como de la situación de los ordenadores⁴⁶⁸, lo que supone una operación previa de investigación y averiguación por parte del perjudicado antes de decidir dónde ejercitar su acción -que puede resultar infructuosa, cuando el causante del daño no tiene a la vista sus datos o es anónimo⁴⁶⁹-.

Con independencia del medio utilizado para la comisión del daño, hay cuestiones que han de despejarse para la aplicación de este fuero de competencia. Entre ellas se encuentra el momento que ha de tomarse en consideración para concretar el lugar del domicilio (que es una cuestión bastante discutida). En términos generales, este momento será el de la presentación de la demanda, no antes. Ahora bien, la interpretación de este criterio atributivo de competencia debe realizarse de manera que le permita a la víctima o perjudicado defender sus intereses bien ante los tribunales del domicilio real del demandado, bien ante los tribunales del domicilio “aparente”, pues en caso contrario se beneficiaría al eventual demandado⁴⁷⁰. La determinación de si una persona está domiciliada en un Estado concreto se realiza de conformidad con el Derecho del foro (art. 59 RBI), que en el caso español resultan de aplicación los artículos 40 y 41 Cc. para las personas físicas, y los arts. 9 y 10 de la Ley de Sociedades de Capital⁴⁷¹ para el caso de las sociedades. Aunque esta regla general está ajustada por ciertas precisiones para el caso de que el demandado sea sociedad u otra persona jurídica (art. 60 RBI). En estos casos se establece que la persona jurídica está domiciliada en el lugar de sede estatutaria, administración central o centro de actividad principal.

⁴⁶⁸ Cf. P. De Miguel Asensio, *Derecho Privado...*, *ob. cit.*, p. 455.

⁴⁶⁹ Al menos en lo que respecta a la acción resarcitoria, no así cuando sea de cesación o prohibición frente al prestador de servicios *online* correspondiente, que en principio debe resultar más sencillo si se siguen las obligaciones de información impuestas en la DCE para el mercado interior.

⁴⁷⁰ Entre otros, véanse, Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*; Madrid, 2001, pp. 40-41; G. Palao Moreno, “Competencia judicial internacional...”, *loc. cit.*, p. 284.

⁴⁷¹ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE Núm. 161, 3.07.2010). Para la competencia judicial interna hay que acudir a los artículos 50 y 51 LEC, para concreción de fuero general de las personas físicas y jurídicas, respectivamente.

B) Determinación del demandado: los intermediarios en la sociedad de la información y la acción de cesación

33. En ocasiones puede resultar difícil identificar al responsable directo de los daños⁴⁷² (e incluso a las propias partes en la relación) y, en consecuencia, al demandado si lo que se trata de incoar es una acción de resarcimiento y/o una acción de cesación frente al responsable directo⁴⁷³. En cualquiera de estos casos podría resultar imposible o muy difícil localizar su domicilio⁴⁷⁴. Lo que resulta más evidente si se trata de relaciones desarrolladas en la Red que ante medios tradicionales de difusión. Cuando se trata de medios tradicionales la cuestión de los sujetos que pueden resultar eventualmente legitimados pasivamente parece bastante más clara -en particular, en lo que respecta a la acción resarcitoria-. La regla general gira en torno al poder de edición o control efectivo de la información por los titulares o gestores de los medios de comunicación de masas (partiendo de la distinción tradicional entre editores y distribuidores para dirimir responsabilidades). De esta manera se posibilita la legitimación pasiva solidaria entre el autor material de la información lesiva y el medio de comunicación utilizado para su publicación y/o difusión y, dentro de éste último, aquellas personas con poder de decisión sobre el contenido (por ejemplo, el redactor jefe del medio, el Director, la empresa editora, etc.). Esta cuestión generalmente se recoge en la reglamentación nacional de las actividades de comunicación⁴⁷⁵.

Los supuestos típicos de intromisión de los derechos de la personalidad por Internet se llevan a cabo a través de la divulgación de imágenes, expresiones o hechos difamatorios en grupos de noticias o foros de discusión y en páginas *web*. Si la difusión se realiza a través de foros de discusión puede existir especial dificultad para encontrar el autor material de la información debido a los mecanismos que facilitan el anonimato

⁴⁷² En ocasiones, en el ámbito de Internet lo máximo que puede obtenerse es la localización del servidor a través del cual se ha operado, si bien, esto no identifica el domicilio. Cf. J. B. Fuentes Mañas, “Determinación de la competencia judicial internacional...”, *loc. cit.*, p. 140.

⁴⁷³ Y en este sentido el fuero del domicilio del demandado no resultaría adecuado. Ahora bien, en la medida que la acción de cesación puede ser dirigida contra los prestadores de servicios de la sociedad de la información, para estos casos este fuero general sí podría resultar operativo.

⁴⁷⁴ En este sentido, *vid.* K. D. Stuckey, *Internet and Online Law*, Nueva York, 2004, pp.10-22.

⁴⁷⁵ Como en España es el caso de la Ley de Prensa e Imprenta y la *LGCA*.

en el empleo de mensajes de correo electrónico⁴⁷⁶. Además, la divulgación de la información potencialmente ilícita normalmente depende de que los datos enviados por correo electrónico a un proveedor de servicios aparezcan realmente en el foro de discusión⁴⁷⁷. En cualquier caso, el posible demandado puede hacer uso de un domicilio aparente, no real, alterando de modo fraudulento este fuero según su conveniencia, o sencillamente que no facilite la información relativa al domicilio⁴⁷⁸. Todo ello, unido al carácter internacional de las relaciones *online*, puede reflejarse en una potencial inseguridad para aquellos que operan en la red.

Consiguientemente, una de las primeras cuestiones a las que la víctima debe enfrentarse antes de plantear la demanda es determinar quién o quiénes son los posibles responsables del ilícito⁴⁷⁹. Para ello también deberá tener en consideración la acción que pretende ejercitar, esto es, si simplemente se trata de una acción de cesación (por lo que podrá dirigirse exclusivamente al proveedor de servicios) o si la ejercita conjuntamente –o de forma exclusiva– con la reclamación de indemnización daños y perjuicios o resarcitoria (principalmente contra el proveedor de la información), lo que puede suponer una posible pluralidad de demandados. Para el supuesto del ejercicio de acción de reclamación daños y perjuicios –ya sea sola o conjuntamente con la de cesación– el demandante deberá plantearse varias cuestiones que incidirán en la concreción del fuero general del domicilio. En primer lugar, quién o quiénes han producido el daño; lo que se puede concretar en función de quién realizó la provisión de la información potencialmente lesiva, así como la difusión y/o publicación de dicho contenido. En consecuencia, debe localizar al responsable y determinar su domicilio, y en relación a esto se plantea la posible responsabilidad del prestador de servicios -desde el punto de

⁴⁷⁶ En particular mediante el empleo del llamado servicio de reenvío anónimo. *Vid.* I. L. Lloyd, *Information Technology Law*, Londres, 1997, pp. 487-488.

⁴⁷⁷ Cf. P.A. de Miguel Asensio, *Derecho Privado...*, *ob. cit.*, p. 168.

⁴⁷⁸ Aunque en el caso del Derecho español, en virtud de la LSSI (art. 10.1 a), es obligatorio que los participantes en la Red faciliten, entre otras informaciones, un domicilio a efectos de contacto y notificación (art. 10.1 a) que exige la identificación de los prestadores de servicios). Lo mismo ocurre en todos los Estados comunitarios, dado que en lo que respecta al sector del comercio electrónico la Directiva 2000/31/CE, sobre Comercio Electrónico, obliga a tal identificación.

⁴⁷⁹ O sin ser responsables frente a los que solicitar la reparación, sí aquellos a los que podría ejercitar cualquier otra acción, por ejemplo la de cesación.

vista de la legitimación pasiva para el ejercicio de la acción⁴⁸⁰-.

34. En la red es posible no localizar el agente directo del daño, principalmente porque puede que no exista referencia alguna a los responsables directos. En estos casos es posible acudir al prestador de servicios⁴⁸¹ para que facilite dicha información, si puede. Lo más práctico es la búsqueda y localización del servidor a tales efectos. Y si no es posible atribuirle responsabilidad alguna únicamente podrá impedirse el acceso a la página -impedir que siga disponible la información controvertida- mediante el ejercicio de la acción de cesación frente a los prestadores de servicios. Y aunque la información relativa al domicilio es legalmente obligatoria que esté disponible para los usuarios de la red –según el sistema DCE/LSSI-, es posible su incumplimiento. Ante este supuesto cabría plantear la demanda donde exista la apariencia del lugar del domicilio, y éste puede ser aquél donde remita el nombre de dominio utilizado, siempre que éste se encuentre vinculado a un territorio (como por ejemplo los nombres de dominio de nivel superior que corresponden a un país, como son “.es” para España, “.fr” para Francia, etc.). En cualquier caso, esto permitiría localizar al servidor pero no al usuario que ha introducido el material lesivo.

Si lo que se quiere conseguir es la cesación de la actividad lesiva en la red, el demandado o sujeto al que se dirige la acción será siempre un prestador de servicios (por lo general el encargado de la *web* donde se encuentra publicada la información potencialmente lesiva, esto es, el denominado *web master*), sin que la víctima pueda pedir -en principio- indemnización por daños y perjuicios sufridos por la publicación/difusión de la información a este sujeto⁴⁸². En estos casos, para localizar el domicilio del demandado (el legitimado pasivamente) es preciso concretar el lugar desde el que opera el proveedor de servicios. El actor debe dirigirse contra el servidor, y lo más probable es que el lugar de situación del mismo no coincida con el domicilio del autor material del daño o principal responsable.

⁴⁸⁰ Ya que si es o no responsable es una cuestión que se dilucidará en función de la ley material que resulta finalmente de aplicación al fondo.

⁴⁸¹ Prestadores de servicios de la sociedad de la información con la consideración de intermediarios. *Vid.* P. A. de Miguel Asensio, *Derecho privado...*, *ob. cit.*, Cap. Segundo.

⁴⁸² Salvo que de conformidad con el Derecho aplicable al fondo determine algún tipo de responsabilidad para aquellos que les obligue a responder en este sentido frente a la víctima.

4.- El fuero de la pluralidad de demandados (art. 6.1 RBI/CL).

36. Cuando para la producción del daño han intervenido diversas causas y autores, la existencia de varios potenciales demandados dificulta el planteamiento de las distintas acciones ante un único tribunal y supone, por tanto, la multiplicación de tribunales competentes. Aunque en la mayor parte de los casos este problema se puede sortear porque sea aplicable a la responsabilidad una legislación que prevea la regla de la solidaridad⁴⁸³. La concurrencia de varios sujetos potencialmente responsables puede dificultar la atribución del daño a la actuación de una única persona, lo que aconseja que a favor de la víctima se prevea la responsabilidad solidaria de los sujetos que hayan contribuido al daño, por ejemplo, en la difusión o publicación del contenido ilícito - como así lo hace el art. 65 apartado 2º de la Ley de Prensa e Imprenta⁴⁸⁴-. La jurisprudencia es igualmente proclive a establecer la solidaridad en aquellos casos en los que la base legal de la misma no esté demasiado clara⁴⁸⁵ y no sea posible objetivamente determinar la responsabilidad de cada uno de los agentes intervinientes –aunque también hay decisiones que sustentan la línea contraria⁴⁸⁶. Cuando el Derecho rector de la responsabilidad prevea que ésta sea solidaria, la víctima podrá optar entre demandar a la totalidad de los sujetos responsables o únicamente a uno⁴⁸⁷; y en este último caso,

⁴⁸³ En este sentido se ha señalado que la coautoría en ocasiones da lugar a la interrupción del curso causal y otras veces al establecimiento de una responsabilidad solidaria. Cf. J. Santos Briz, *La responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 311.

⁴⁸⁴ Cuando en el ilícito participe un medio de comunicación, y resulta de aplicación el Derecho español, la demanda podrá dirigirse contra cualquiera de las personas señaladas en este precepto (autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros), que serán solidariamente responsables de la intromisión ilegítima. Véase al respecto todo lo referido en el Capítulo V sobre las reglas de solidaridad del art. 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta.

⁴⁸⁵ Si bien la doctrina se muestra generalmente favorable a la solidaridad (vide, R. de Ángel Yagüez, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993, p. 285), se señala que el art. 1137, que es de aplicación dudosa a la responsabilidad extracontractual, sólo establece la solidaridad cuando “la obligación expresamente lo determine. Cf. J. Santos Briz *La responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 523; id. *La responsabilidad civil, Temas actuales*, Madrid, 2001, p. 27.

⁴⁸⁶ Véase en este sentido el análisis de la jurisprudencia reseñada por R. de Ángel Yagüez, *Tratado de responsabilidad civil*, ob. cit., p. 285, y J. Santos Briz, *La responsabilidad civil...*, ob. cit., pp. 515-523.

⁴⁸⁷ Entre la jurisprudencia española ha de destacarse la emitida por el TS, donde se insiste en

podrá hacerlo ante los tribunales del domicilio de aquel. Para el supuesto de que la regla de la solidaridad no resulte operativa, o aun siéndolo la víctima opte por demandar a todos los responsables⁴⁸⁸, la cuestión aquí se plantea de forma distinta, pues existe un evidente interés de concentrar las acciones en este tipo de casos ante un mismo tribunal.

37. Con tal finalidad -concentrar todas las acciones en un mismo foro- puede mencionarse la posibilidad de hacer uso de competencias derivadas para casos como estos de conexidad, previstos en el sistema comunitario (art. 6 RBI/CL) –no así en el general o autónomo-, en particular, el fuero de pluralidad de demandados⁴⁸⁹. Se trata de la primera de las competencias derivadas⁴⁹⁰, previstas para aquellos casos en que existe un único demandante frente a una pluralidad de demandados y entre las distintas demandas guardan un grado de conexión que justifica la tramitación conjunta en un único proceso –evitando así posibles sentencias inconciliables de distintas jurisdicciones⁴⁹¹-. No es necesario que se dé un litisconsorcio pasivo ni que las demandas acumuladas tengan idénticos fundamentos jurídicos⁴⁹². La estrecha conexión se exige con el fin de evitar el *forum shopping* y las consecuentes situaciones no

que la solidaridad no obliga al perjudicado a demandar a todos los sujetos responsables, sino que puede dirigir su acción en contra cualquiera de ellos. Sobre ello, véase, R. de Ángel Yagüez, *Tratado de responsabilidad...*, ob. cit., p. 289.

⁴⁸⁸ Lo que en supuestos de responsabilidad solidaria es más que conveniente para la víctima demandar a todos los responsables (copartícipes). En particular en caso de responsabilidad extracontractual por daños al medioambiente, vid. C. de Miguel Perales, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Madrid, 1994, pp. 192-193.

⁴⁸⁹ Con carácter general sobre el fuero de la pluralidad de demandados, vide. I. Heredia Cervantes, *Proceso internacional y pluralidad de partes*, Granada, 2002; J. Fawcett, “Multy-Party Litigation in Private International Law”, *ICLQ*, vol. 44, 1995, pp. 744-770; A. Quiñones Escamez, *El foro de la pluralidad de demandados en los litigios internacionales*, Madrid, 1996.

⁴⁹⁰ Art. 6.1º RBI. Utiliza este precepto una expresión exacta con la que se define la conexidad en el art. 28.3 RBI.

⁴⁹¹ Vide, STJCE, asunto *Kalfelis c. Banco Schöder, Münchmeyer, Hengst & Co. y otros*, de 27 de septiembre de 1988, (asunto C-189/1987), Rec. 1988, pp. 5565-5587, *Journ. dr. int.*, 1989-2, pp. 457-461, nota de A. Huet; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1989-1, pp. 117-123, nota de H. Gaudemet-Tallon. Vide también, F.J. Jiménez Fortea, “Comentario a la Sentencia TJCE de 27 de septiembre 1988 (arts. 5 y 6 del Convenio Bruselas)”, *RGD*, 1989, pp. 3939-3955.

⁴⁹² Vide, STJCE, asunto *Freeport plc/olle Arnoldsson*, de 11 de octubre de 2007 (C-98/2006)

deseadas de acumulación de acciones sin vinculación suficiente⁴⁹³. Esto obliga a realizar una difícil tarea previa a su aplicación: entrar a valorar cuándo se considera que las sentencias son contradictorias en el sentido del art. 6.1⁴⁹⁴, -lo que ha motivado ciertas críticas doctrinales a este criterio⁴⁹⁵-.

En este ámbito particular, dado lo sensible de la materia -y la disparidad evidente entre los sistemas jurídicos nacionales en su reglamentación- es más que probable que si se plantean las demandas ante dos –o más- tribunales distintos las eventuales sentencias que puedan recaer sean al menos dispares (por el *forum-ius*). Incluso es posible que alguna de ellas condenase a uno de los “coautores” –entendido desde la perspectiva de la extensión de la responsabilidad- al pago de indemnización por los daños a la víctima, al aplicar un sistema de responsabilidad objetiva, mientras que otro podría incluso llegar a desestimar la demanda, si aplicara a la responsabilidad un sistema basado en la culpa/negligencia (o porque apreciara que no existiera relación de causalidad). Pero de igual forma, también hay voces que -sustentándose en las mismas premisas barajadas en el asunto *Kalfelis*-, se han manifestado en el sentido de que no existe riesgo de inconciabilidad de decisiones⁴⁹⁶. Ahora bien, a pesar de la diversidad de posturas, lo más razonable -siguiendo los objetivos de buena administración de justicia- sería la aplicación del art. 6.1 RBI⁴⁹⁷. En este sentido, resulta esencial una reciente sentencia del TJUE dictada en materia de infracción de DPI, pero que es perfectamente aplicable a este ámbito. Se trata de la sentencia *Painer*⁴⁹⁸, donde se resuelve, entre otras cuestiones

⁴⁹³ Vid. STJCE, asunto *Roche Nederland BV v. Frederick Primus y Milton Goldenberg*, de 13 de julio de 2006 (C-539/2003)

⁴⁹⁴ Esta puede ser la mayor dificultad que se plantea a la hora de aplicar la doctrina *Kalfelis* (cf. H. Gaudemet-Tallon, nota a la Sentencia, *loc. cit.*, p. 119).

⁴⁹⁵ El criterio de la contradicción de decisiones ha sido criticado tanto por ser riguroso (cf. A. Huet, nota a la sentencia, *loc. cit.*, p. 459), como por ser demasiado amplio (cf. F. J. Jiménez Fortea, *loc. cit.*, p. 3954, que precisa aun más indicando que la utilización de este fuero del 6.1 debería de estar limitada, o aconsejarse únicamente en caso de indivisibilidad de la acción).

⁴⁹⁶ Cf. A. Huet, nota a la Sentencia, *loc. cit.*, p. 459.

⁴⁹⁷ En este sentido, A. Huet a pesar de entender que en tal caso las resoluciones no son inconciliables, sí aboga por la aplicación de la regla de competencia del 6.1 por ser lo más adecuado desde el punto de vista de la buena administración de justicia. *Ibidem*.

⁴⁹⁸ Sentencia de 1 de diciembre de 2011, C-145/10. Sobre la aplicación del art. 6.1 RBI como fuero de competencia judicial internacional en materia de infracción de derechos de propiedad intelectual dentro del marco comunitario, tras la Sentencia *Painer*, vid. C. I. Cordero Álvarez, “Protección de la

planteadas, sobre la posibilidad de fundar en esa norma la competencia judicial internacional para conocer de acciones ejercitadas contra varios demandados por violaciones sustancialmente idénticas de derechos de propiedad intelectual –derecho de autor- que tengan fundamentos jurídicos distintos – es decir, basadas en legislaciones nacionales diferentes-. El Tribunal de Justicia concluye a este respecto que el art. 6.1 debe interpretarse en el sentido de que no impide su aplicación “el mero hecho de que las demandas presentadas contra varios demandados por violaciones sustancialmente idénticas de derechos de autor se basen en legislaciones nacionales diferentes, según los Estados miembros” (apartado 84 y nº 1 del Fallo)⁴⁹⁹. De esta forma el Tribunal de Justicia admite la aplicación del art. 6.1 cuando las demandas presentadas frente a varios demandados por violaciones sustancialmente idénticas de derechos -de autor- que se fundamenten en legislaciones nacionales diferentes. Esta aproximación puede traerse al contexto de los derechos de la personalidad. En este sentido, el hecho de que las legislaciones nacionales de los Estados miembros no reglamenten los derechos de la personalidad de la misma manera no debería impedir la aplicación de este fuero.

En cualquier caso, para aplicar el art. 6.1 RBI/CL -y con carácter general para la aplicación de todas las reglas de competencias derivadas del art. 6- será necesario en principio que todos los demandados implicados estén domiciliados en Estados miembros⁵⁰⁰. Esta norma lo que permite es la concentración de acciones en un único litigio ante los tribunales del Estado miembro correspondiente al domicilio de uno de los demandados, respecto del resto de demandados domiciliados en otros Estado también miembros. Para el caso de que alguno/s de los demandados se encuentren domiciliados en terceros Estados, la atracción de la competencia sobre ese tribunal en particular dependerá de que dicha acumulación esté permitida por su sistema autónomo

propiedad intelectual contra usos no autorizados por medios de comunicación”, *La Ley*, Nº 7829, 2012.

⁴⁹⁹ De esta manera el Tribunal intenta corregir la interpretación tan restrictiva del precepto que realizó en *Roche* (STJCE de 13 de julio de 2006, C-539/03, *Roche Nederland*). En este sentido, parece que acoge la tesis propuesta por el Abogado General Trstenjak quien, en sus conclusiones, recogió las principales críticas a *Roche* para fundamentar una necesaria evolución en la interpretación del art. 6.1. Entre otros, H. Gaudemet-Tallon, H.: *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4ª edic. 2010, L.G.D.J., p. 255. Véanse las Conclusiones del Abogado General Trstenjak presentadas el 12 de abril de 2011, y la doctrina referida en ellas (apartado VII – sobre la Primera Cuestión Prejudicial- punto 4- “Críticas fundadas, apartados de 78 a 85).

⁵⁰⁰ *Vid.* STJCE asunto *Alblasgracht VOO2*, de 27 de octubre de 1998 (C-51/1997)

de competencia judicial internacional –que en caso de España la LOPJ guarda silencio en este extremo⁵⁰¹–.

5.-) Alcance de la competencia.

38. El fuero general del domicilio del demandado otorga al tribunal de foro competencia ilimitada para conocer de la totalidad de los daños sufridos por la víctima, con independencia del lugar o lugares de materialización de aquellos, o del lugar donde se realizó el acto originario o causal (lo que no tiene porqué necesariamente coincidir con el domicilio del demandado). El carácter universal de esta competencia no garantiza la eficacia de la posible sentencia que se dicte en el foro más allá de su jurisdicción. Fundamentalmente esto se debe a que en esta materia en particular lo que se juzga son comportamientos que se entiende que lesionan derechos individuales en función del Derecho aplicable (y/o del Derecho del foro), pero la tutela y tratamiento jurídico de estos derechos no es uniforme a nivel internacional. Por lo que pueden producirse problemas a la hora de conjugarlos con otros derechos también considerados como fundamentales que funcionan como límites (entre sí o unos respecto de los otros según el ordenamiento nacional en consideración). En particular, se refiere una vez más a los problemas que pueden plantearse en estos casos con las libertades fundamentales de expresión e información. Es posible que en el territorio donde quiera hacerse efectiva la resolución judicial firme (distinta del domicilio del demandado) la actividad sancionada no sea considerada como ilegítima. Lo que puede suceder por varias razones: porque no esté tutelado ese derecho de la personalidad de manera tal que así lo determine, porque no esté si quiera reconocido como derecho susceptible de tutela, porque esté limitada su tutela por la existencia de otros derechos que concurren en el supuesto, o porque la propia actividad sancionada esté protegida en el tribunal requerido por su ordenamiento jurídico por un derecho, entre otros supuestos. En cualquiera de estos casos la sentencia no producirá efectos allí donde se pretende el reconocimiento (principalmente a través del recurso al orden público).

⁵⁰¹ Si bien la doctrina y la jurisprudencia nacional abogan por la aplicación por analogía de la regla del art. 6.1 RBI para suplir esta laguna. Por ejemplo, puede verse SAP de Barcelona (secc. 16ª) de 5 de abril de 2006, nº. 91/2006.

39. Pero los problemas no se limitan a la eficacia extraterritorial de la posible sentencia, sino que es posible que no llegue a dictarse sentencia condenatoria. Podría ocurrir que en el foro la actuación que se juzga no sea constitutiva de ningún ilícito, al encontrarse amparada por la libertad de expresión. Consecuentemente, aunque de conformidad con el Derecho aplicable al fondo del asunto la actuación pueda reputarse como ilegítima, y por tanto sancionable jurídicamente, es posible que no llegue a dictarse sentencia condenatoria por imperativo de orden público cuando la *lex fori* tutele el comportamiento que se pretende juzgar.

Ahora bien, estos mismos problemas van a plantearse en relación con todos los fueros de alcance general en particular cuando se trate de riesgos derivados de actividades desarrolladas en un medio global como es Internet. El sector del ordenamiento jurídico al que afecta este tipo de litigios se caracteriza por la divergencia de criterios utilizados por los países para determinar la ilicitud de los contenidos, lo que incide en el orden público⁵⁰² y se vincula directamente con el peso que en cada ordenamiento se le atribuya al derecho fundamental a la libertad de expresión e información y a los derechos fundamentales al honor, la intimidad y propia imagen cuando entren en conflicto⁵⁰³. Puede hablarse en este sentido, por ejemplo, de las evidentes diferencias que existen entre la especial protección constitucional que en EEUU recibe la libertad de expresión⁵⁰⁴, lo que conduce previsiblemente a una permisibilidad más amplia de los posibles contenidos (calificándolos como lícitos), frente o en comparación con la posición generalizada de los países de la UE, donde el derecho al honor, la intimidad y propia imagen goza de una protección alta igualmente como derechos fundamentales⁵⁰⁵.

⁵⁰² Y en la consideración particular de cada Estado de lo que es o no información de interés público. Vid. M. Collins, *The Law of Defamation and the Internet*, 2ª ed., Oxford, 2005, pp. 113 y 118.

⁵⁰³ Cf. P. A. de Miguel Asensio, *Derecho privado...*, ob. cit., p. 170.

⁵⁰⁴ No así de los derechos de la personalidad que son de origen jurisprudencial dada su falta de previsión en la Constitución americana.

⁵⁰⁵ Lo que ocurre también en ciertos países asiáticos como China y Japón. En este sentido puede verse la doctrina referida por P. A. de Miguel Asensio, *Derecho privado...*, ob. cit., p. 170, en nota a pie nº 113.

CAPITULO TERCERO

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL: FUEROS ESPECIALES

I.- La responsabilidad civil derivada de ilícito penal. El problema de la calificación en materia de derechos de la personalidad

1. Una vez analizados los fueros generales de competencia aplicables en la materia, procede el estudio del núcleo central de la cuestión de la competencia judicial internacional en los litigios sobre lesiones a los derechos de la personalidad. Esto es, la operatividad de los fueros especiales existentes en este tipo de casos y, en particular, los problemas que plantean en la práctica su concreción cuando la lesión del derecho de la personalidad se verifica a través de medios masivos de difusión no tradicionales como es el caso de Internet (por publicación de contenidos controvertidos). Fundamentalmente, el estudio se centrará en el lugar del daño como fuero de competencia especial, si bien antes de abordar estas cuestiones resulta necesario plantearse con carácter previo la posibilidad de que la jurisdicción penal pueda conocer de este tipo de lesiones, y cómo esto incide en la competencia judicial internacional.

2. La responsabilidad civil derivada de una infracción penal plantea qué criterios de competencia debe aplicar el tribunal del foro, si son los mismos para dirimir la responsabilidad civil derivada de ilícito civil o si han de aplicarse criterios distintos. Como ya se refirió, en la mayoría de los ordenamientos nacionales se prevé una tutela de estos derechos por la vía penal, tipificando los atentados más graves contra los bienes de la personalidad como delitos. En el caso del Derecho español, la comisión de cualquiera de esos delitos puede dar lugar a responsabilidad civil -susceptible de ser exigida- (art. 109 CP⁵⁰⁶). Esta responsabilidad puede solicitarse directamente ante el juez penal, ejercitando conjuntamente las acciones civil y penal, o bien reservarse para su conocimiento por la jurisdicción civil (art. 109. 2º CP). En cualquiera de los dos casos se plantea la misma cuestión en cuanto a las reglas de competencia judicial internacional: si esta *vis attractiva* de la jurisdicción penal debe imponerse sobre los criterios de competencia o, por el contrario, si éstos impedirán al juez penal declararse

⁵⁰⁶ “1. La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados.”

competente para resolver sobre responsabilidad civil derivada de delito si las normas de competencia no atribuyen competencia judicial internacional a los tribunales españoles.

Para dar una solución adecuada a este interrogante es necesario que previamente se responda a una cuestión: si la responsabilidad civil derivada de delito tiene una calificación penal o civil. Si la opción es la calificación penal, el carácter territorial de las normas penales supondrá la inaplicación del DIPr (tanto en el sector de competencia como en el de Derecho aplicable), por lo que la competencia del juez penal español vendrá establecida por el art. 23 LOPJ, incluso para el conocimiento de la responsabilidad civil. Si bien, esta postura solo parece razonable para los casos de que la responsabilidad civil se dirimiese conjuntamente con la acción penal (y así se ha entendido en el RBI en el art. 5.4º). Si la opción es la contraria, que es una cuestión civil, deberán aplicarse las normas de competencia previstas para la responsabilidad civil, tanto en el régimen comunitario (RBI/CL) como en el autónomo (LOPJ).

1.-) Calificación en el régimen europeo

3. La calificación civil de la responsabilidad derivada de delito viene corroborada por la postura adoptada por los textos europeos analizados, en los que se encuentran una serie de datos que conducen a este resultado. En primer lugar respecto de su ámbito de aplicación, tanto el RBI como el CL se aplican “con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional” (art. 1), lo que supone que el hecho de que conozca del asunto una jurisdicción como la penal (imperativa) no puede conllevar necesariamente a la calificación del asunto como meramente penal⁵⁰⁷. En este sentido el TJUE ha establecido que “la materia civil, con arreglo a la primera frase del párrafo primero del art. 1 comprende la acción de indemnización de daños y perjuicios ejercitada ante un órgano jurisdiccional penal (...)” (Asunto *Sonntag*)⁵⁰⁸. Esta resolución es suficientemente relevante para sustentar la afirmación de que la responsabilidad civil derivada de ilícito penal es materia civil en el marco del RBI/CL. Pero además, puede

⁵⁰⁷ Este inciso ha sido interpretado, si bien respecto del CB pero plenamente extrapolable a RBI, desde sus inicios en el sentido de que cubre las acciones civiles planteadas ante jurisdicciones represivas, como es la penal. Cf. M. Weser, *Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions*, Paris, 1975, p. 224.

⁵⁰⁸ STJCE, 13 de julio de 1993, *loc. cit.*

argumentarse que esta calificación es la única posible dado que otra no sería admisible en atención al art. 5.4 RBI/CL y la necesaria calificación autónoma⁵⁰⁹ de lo que es materia civil y delictual en ambos textos⁵¹⁰. La previsión en el RBI/CL de una norma de atribución de competencia específica para supuestos de responsabilidad civil derivada de delito (art. 5.4º) no permite otra interpretación, pues carecería de todo sentido prever una regla para supuestos que están excluidos de su ámbito de aplicación⁵¹¹.

4. Otro dato que conduce al carácter civil de la responsabilidad es el tratamiento que los textos internacionales otorgan a la cuestión de la prejudicialidad penal. La posible prejudicialidad penal de la responsabilidad viene referida, aunque de forma implícita, en el RBI/CL en su art. 5.3. Este precepto en principio no está condicionado a las reglas de “prejudicialidad penal internacional”⁵¹². En consecuencia, los tribunales españoles podrán fundamentar su competencia para conocer de la acción civil (*ex art. 5.3*) aun cuando la acción penal por los mismos hechos haya sido ejercitada ante una jurisdicción extranjera. En el caso de que ante el otro tribunal se hubiera ejercitado conjuntamente con la acción penal la civil, se estaría ante un supuesto de litispendencia y no de prejudicialidad penal, lo que se solventaría siguiendo los criterios establecidos en el art. 27 RBI/CL. En cualquier caso, los posibles efectos suspensivos de la prejudicialidad penal internacional dependerán de los efectos que la sentencia penal extranjera vaya a producir en España, según prevé el art. 40.2 LEC 2000 -aunque para la

⁵⁰⁹ Tal calificación autónoma ha de realizarse teniendo en consideración tanto los principios que se desprenden de los sistemas de los diferentes Estados miembros como los objetivos y el sistema establecido por el RBI/CL.

⁵¹⁰ *Vide* en este sentido sentencia ya citada STJCE de 14 de octubre de 1976, asunto *Eurocontrol*, a propósito de la calificación autónoma de la materia civil del art. 1, y la STJCE de 27 de septiembre de 1988 en el asunto *Kalfelis* a propósito de la calificación autónoma del art. 5.3o.

⁵¹¹ Es más, en este sentido incluso se ha llegado a afirmar que el art. 5.4 es complemento del art. 1.1, es decir, que lo completa (*cf.* P. Blanco-Morales Limones, “Artículo 5”, en A. L. Calvo Caravaca (ed.) *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pp. 119-132, en particular, p. 132). En una línea similar, ya en relación con el RBI, se ha afirmado que la norma del 5.4 es solo un tipo de consecuencia que surge de la decisión legislativa realizada en el art. 1. *Cf.* P. Mankowski, “Chapter II, Sec. 2 special Jurisdiction, Art. 5”, en U. Magnus, P. Mankowski (eds.), *European commentaries on...*, *ob. cit.*, pp. 88- 284, en particular p. 273.

⁵¹² *Cf.* M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alferez, *Derecho procesal civil...*, *ob. cit.*, p. 196.

prejudicialidad penal interna pero que puede extrapolarse⁵¹³-. La justificación de esta interpretación restrictiva se encuentra en que la prejudicialidad penal tiene sentido solo cuando lo que se resuelve en el proceso penal vaya tener efecto de cosa juzgada en el civil o cuando la resolución que pueda recaer en el proceso civil pueda verse “decisivamente influida” por la que se dicte en el proceso penal (por ejemplo sobre la propia existencia de los hechos de los que deriva supuestamente la responsabilidad civil). En cualquier otro caso la suspensión del procedimiento civil por prejudicialidad penal no estaría justificada.

2.-) Derecho español

5. Aunque la aplicación del sistema autónomo sea residual, en la práctica es necesario hacer referencia al tratamiento de la cuestión en este ámbito para dar una visión global del asunto. En lo que respecta a la posición española no existe manifestación alguna sobre esta cuestión en el sector de competencia judicial internacional, no así en cuanto al Derecho aplicable (respecto de la aplicación de la norma de conflicto del art. 10.9 C.c.)⁵¹⁴, donde se han mantenido las dos posturas expuestas. Ante la ausencia de criterios establecidos sobre cómo debe actuarse para estos casos en el sector de la competencia, para intentar dar una solución podría aplicarse de manera análoga la argumentación que se ha utilizado para resolver la cuestión en el ámbito del Derecho aplicable. La analogía podría venir fundamentada por el hecho de que para determinar la aplicación de la regla del 10.9 Cc. es necesario que

⁵¹³ El art. 40.2 LEC 2000 regula restrictivamente los efectos de la prejudicialidad penal y únicamente se admite cuando “la resolución del tribunal penal (...) pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil”. En principio, esta regla vale también para los procesos penales seguidos en el extranjero. El carácter decisivo de la sentencia puede presumirse respecto de aquellas resoluciones que puedan ser reconocidas en España, no así de aquellas que no lo sean. Difícilmente podrán tener influencia –decisiva o no- en un territorio donde no puede producir efecto alguno. No obstante, aun en los casos en los que la resolución extranjera no fuera reconocible en España, puede suceder que al menos por el efecto probatorio o de tipicidad de las sentencias extranjeras, éstas puedan tener influencia decisiva. Un ejemplo de esto, como bien indican M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alferez, sería cuando la resolución civil dependiera de documentos o declaraciones que fueron objeto de falsificación (*cf. ibidem*).

⁵¹⁴ *Vid.* J. C. Fernández Rozas: “El Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil (“Normas de Derecho internacional privado”): Veinticinco años después”, Homenaje a Antonio Hernández Gil, Madrid, Colegio de Abogados de Madrid, 2001, pp. 2411-2447.

se haga una calificación civil de la responsabilidad –derivada de infracción penal-, lo mismo que ocurre para la aplicación de la normas de competencia judicial internacional. En consecuencia, para afrontar esta cuestión de la calificación de la responsabilidad se va a realizar paralelamente su análisis desde la perspectiva conflictual y de competencia -aunque no sea este capítulo el correspondiente al Derecho aplicable-.

6. La primera postura que se ha expuesto por la doctrina parte del carácter penal de las normas reguladoras de la responsabilidad civil derivada de delito; lo que incide directamente en el Derecho aplicable a la acción. El carácter territorial del Derecho penal conduce a que el foro no aplique las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales sino las reglas contenidas en el ordenamiento penal –el CP para el caso español-. En este sentido, si desde el punto de vista de Derecho aplicable cabe hablar del principio de territorialidad de la ley penal (como principio fundamental del ordenamiento español)⁵¹⁵, desde la perspectiva jurisdiccional puede referirse un principio paralelo que va a determinar la competencia exclusiva de los tribunales de la jurisdicción penal. Este principio se traduciría en dos efectos concretos. Por un lado, va a suponer la competencia de los tribunales de la jurisdicción penal española para conocer de los delitos cometidos en territorio español; y, por otro, correlativamente presume la incompetencia –en principio- de estos tribunales para conocer de los delitos cometidos fuera del territorio. En definitiva, en materia penal se produce una coincidencia entre la jurisdicción competente y el Derecho aplicable. En el ámbito de las relaciones reguladas por el Derecho penal la dependencia entre el foro y el Derecho (*forum-ius*) es tal que aun en supuesto de que conociera de un delito cometido en el extranjero el tribunal del foro únicamente aplicará su Ley penal, nunca una ley extranjera⁵¹⁶. En este supuesto, la justificación para no aplicar la ley extranjera penal

⁵¹⁵ Sobre el principio de territorialidad del Derecho penal y sus consecuencias en la práctica procesal, véase, E. Pecourt García, “La ley penal extranjera ante el Juez del foro”, *REDI*, 1970-1, pp. 9-18.

⁵¹⁶ Ahora bien, esta afirmación admite excepciones por lo que necesariamente debe matizarse, y en este sentido ha de remitirse a la aclaración que al respecto hace E. Pecourt García: a) si bien la regla general es la inaplicación del Derecho penal extranjero, éste sí tendrá en consideración en aquellos supuestos en los que la aplicación del Derecho del foro esté condicionada por la ley extranjera. Esto ocurre en dos casos: cuando la ley penal extranjera o una sentencia penal extranjera se configuran como condiciones objetivas de punibilidad y cuando se admite la denominada reincidencia internacional (que la versión actual del CP, no recoge como circunstancia modificativa –agravante- de la responsabilidad, pues

para algunos se encuentra en la propia naturaleza de la norma penal⁵¹⁷.

Ahora bien, dentro de esta primera postura, existen dos importantes excepciones en las que será de aplicación un Derecho distinto de la ley penal del foro (derivadas de la aplicación del DIPr., y de la separación entre competencia y Derecho aplicable). En primer lugar, cuando un convenio prevea expresamente la aplicación de sus normas de conflicto con independencia de la jurisdicción competente para conocer del asunto (como así ocurre con los dos Convenios de la Haya sobre responsabilidad por accidentes de circulación por carretera y sobre responsabilidad derivada de productos⁵¹⁸), pero que no existen en materia de responsabilidad por lesión de derechos de la personalidad; y en segundo lugar, cuando se hubiere hecho reserva de la acción civil, ámbito donde se considera más adecuada la aplicación de la normativa prevista para las obligaciones extracontractuales⁵¹⁹.

7. La segunda postura que se ha planteado, parece que resulta más adecuada, y es aquella que parte de que la responsabilidad civil y penal tienen el mismo fundamento y naturaleza jurídica. De tal forma que la atribución de la competencia a los tribunales

el art. 22. 8ª únicamente se refiere a “ser reincidente” sin más calificaciones); b) cuando algún tratado internacional suscrito con España prevea la ejecución de sentencia extranjera dictada en otro Estado parte en el tratado (como sería el caso de la Convención europea sobre el valor internacional de las sentencias represivas, hecho en La Haya, 28 de mayo de 1970, o el Tratado hispano-danés sobre ejecución de sentencias penales, hecho en Madrid el 3 de febrero de 1972). Cf. E. Pecourt García, “La ley penal extranjera...”, *loc. cit.* p. 18.

⁵¹⁷ E. Pecourt García habla de “exclusivismo” del Derecho penal que hace inadecuado el “juego bilateral de la norma de conflicto” (*cf. ibidem.*).

⁵¹⁸ Convenio sobre ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971 (*BOE* núm. 264, de 4 de noviembre de 1987, corr. Errores, *BOE* núm. 307, de 24 de diciembre de 1987), y Convenio sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973 (*BOE* núm. 114/2005, de 20 de Junio de 2005).

⁵¹⁹ Esta postura es mantenida, si bien respecto del Derecho aplicable, entre otros por L. Garau Juaneda, “Las fuentes en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito civil”, en C. Jiménez Piernas, *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado*, Alicante, *AEPIRI*, 1990, pp. 403-445, en esp. pp. 441-415; P. Abarca Junco, “Las obligaciones extracontractuales”, *loc. cit.* En el mismo sentido, pero ya en relación su aplicación en el sector de la competencia, véase A. Crespo Hernández, *Responsabilidad civil derivada de la contaminación...*, *ob.cit.*, p. 186.

penales de la responsabilidad civil derivada de delito se basa exclusivamente en razones de economía procesal, lo que conlleva naturalmente a la aplicación de las normas de DIPr⁵²⁰. A pesar de que no existe en el CP una regulación específica de la responsabilidad civil derivada de ilícito penal, y que el art. 1902 C.c. remite a éste para la determinación de la responsabilidad civil por el juez penal, no puede deducirse de todo esto que ésta sea de naturaleza penal⁵²¹. Como su nombre indica -y como dice el propio CP⁵²²- es responsabilidad civil⁵²³. Su fundamento es distinto: el propio daño causado y no en el delito, y su finalidad es meramente resarcitoria/indemnizatoria y no sancionadora, por lo que el único motivo de la reglamentación de este tipo especial de responsabilidad es la ya mencionada economía procesal⁵²⁴. Aunque es innegable que existe una correlación entre las acciones penal y civil cuando el ilícito contra los derechos de la personalidad es constitutivo de delito, lo que conlleva una irremediable interdependencia mutua que condiciona la propia existencia. Así, en el terreno de las injurias y calumnias entre particulares, como no son delitos perseguibles de oficio

⁵²⁰ Vid. M. A. Amores Conradi, véase en este sentido, "Obligaciones extracontractuales", en J. D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed. rev. Madrid, 1995, pp. 209-214, en esp. p. 214.

⁵²¹ Puede verse en este sentido, entre otros, R. de Ángel Yagüez, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993, p. 80; F. Pantaleón Prieto, "Art. 1902", *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1970-1975, L. F. Reglero Campos (coord.), *Tratado de Responsabilidad civil*, t. I, 4ª ed., Navarra, 2008; M. I. Martínez Jiménez, "La responsabilidad civil por abordaje y la aplicación de la limitación previsto en el art. 837 Código de Comercio (Comentario a la Sentencia de la Sala 2a TS de 17 de enero de 1992)", *ADM*, vol. XI, 1994, pp. 1075-1098; G. Rodríguez Morullos, "La limitación internacional de la responsabilidad del naviero y la responsabilidad civil *ex delicto*", *Estudios Jurídicos en Homenaje al prof. Aurelio Menéndez*, III, Madrid, 1996, pp. 4071-4081.

⁵²² El Capítulo I del Título V del CP se denomina "De la responsabilidad civil y de su extensión".

⁵²³ El origen de la reglamentación separada de la responsabilidad civil derivada de delito de la responsabilidad civil prevista en el Cc (arts. 1902-1910) se debe a que el CP fue elaborado antes que el Cc, lo que obligó a que en el CP se regulara la cuestión de las consecuencias civiles del delito, a falta de otras disposiciones. Cf. R. de Ángel Yagüez, *Tratado de responsabilidad...*, *ob. cit.*, p. 80., F. Pantaleón Prieto, *loc. cit.*, p. 1972.

⁵²⁴ Cf. R. de Ángel Yagüez, *Tratado de responsabilidad...* *ob. cit.*, p. 81. En particular, F. Pantaleón Prieto, apunta al respecto que es un error mantener que la "mal llamada" responsabilidad civil derivada de delito tenga una naturaleza jurídica, un fundamento y finalidad distintos a la responsabilidad civil prevista en los arts. 1902 a 1910 Cc., pues no se trata de dos pretensiones distintas e independientes. El fundamento es el mismo: un daño (*cf.*, F. Pantaleón Prieto, *loc. cit.*, p. 1973).

(necesitan de querrela particular) el ejercicio exclusivo de la acción civil supondrá la extinción de la acción penal; y el ejercicio de la acción penal supondrá -salvo manifestación expresa de reserva de acción civil-, que si el procedimiento concluye con sentencia condenatoria deberá contener pronunciamiento civil. O lo que es lo mismo, el ejercicio de acción civil adherida a la penal supone que si el procedimiento penal fracasa no cabe el ejercicio posterior de la acción civil; y el ejercicio de la acción civil, mediante demanda también supone la extinción de la vía penal⁵²⁵.

Esta postura se confirma por la regulación que el CP hace de esta cuestión, que puede calificarse de puramente civilista. Se establece la responsabilidad civil directa del asegurador (art. 177) o de otras personas no responsables penalmente (art. 120), además la exención de la responsabilidad penal o criminal no supone automáticamente la de la responsabilidad civil (art. 118), se determina la posible compensación de culpas (art. 114) y se prevé modalidades de reparación del daño distintas de la indemnización monetaria (art. 112).

3.-) Acumulación de acciones ante la jurisdicción penal por delitos contra los derechos de la personalidad (art. 5.4º RBI/CL)

8. Como consecuencia directa del carácter civil de la responsabilidad derivada de ilícito penal han de aplicarse las normas de DIPr sobre competencia judicial internacional previstas para materia delictual. Para concretar la competencia hay que plantearse dos tipos de situaciones. En algunos supuestos siguiendo las normas de competencia judicial internacional el Juez español estará posibilitado para conocer del delito y de la cuestión de la responsabilidad civil. Este caso es muy sencillo, pues el Juez penal conocerá de las dos acciones (salvo reserva de acción civil) y resolverá sobre ambas. Un segundo supuesto sería cuando el Juez español según las normas de competencia judicial internacional fuera competente para conocer del ilícito penal pero no así de sus consecuencias civiles. Esta situación sí es complicada ya que podría causar una alteración de las normas de competencia en el caso de que se admitiera sobre la base de la competencia penal el conocimiento de la acción civil. Por ejemplo, ante la

⁵²⁵ Cf. L. F. Reglero Campos (coord.), *Tratado de Responsabilidad civil*, t. III, *ob. cit.*, p. 391. En esta línea véase entre otras, SSTs de 18 de febrero de 2004 (RJ 2004, 751) y 14 de julio de 2004 (RJ 2004, 4377).

comisión de delitos contra derechos de la personalidad los criterios que otorgan competencia al Juez penal español son: la comisión del delito en el territorio español (art. 23.1 LOPJ) o la nacionalidad española del responsable penal si concurren una serie de requisitos (art. 23.2 LOPJ)⁵²⁶, estos criterios no coinciden plenamente con los establecidos para la acción civil. La solución a este último tipo de supuestos es la disociación de la acción civil y penal. Si el juez español es competente para conocer de la acción penal pero no de la civil, no podrá conocer de ésta si no hay ningún recurso que se lo permita específicamente (como así lo hace el art. 5.4 RBI/CL). Y esto es una consecuencia directa de la calificación civil de la responsabilidad derivada de delito pues no permite otra postura posible.

Esta solución de principio no está exenta de problemas. Por una parte la economía procesal no se ve favorecida con esta solución y, además, introduce distorsiones en aquellos sistemas nacionales donde se permiten la acumulación de acciones⁵²⁷. Por ello, el RBI y el CL han previsto en su art. 5.4 la posibilidad de que el Tribunal penal conozca de las acciones por daños y perjuicios o de restitución fundamentadas en un acto que diere lugar a un procedimiento criminal si según su ley procesal interna estuviera habilitado para ello⁵²⁸. La redacción del 5.4 permite incluso la

⁵²⁶ 2. Asimismo conocerá de los hechos previstos en las Leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos: a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito. b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los tribunales españoles. c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

⁵²⁷ Como es el caso del Derecho español o el francés.

⁵²⁸ La posibilidad de la acumulación de acciones del 5.4 únicamente podrá llevarse a cabo cuando así lo permita el Derecho del foro donde se sigue el proceso penal, no otorga *per se* competencia los tribunales, sino que sólo prevé la posibilidad que se dará en caso de que esté permitida por la *lex fori*. Además, este Derecho nacional será el que determine el momento procesal de anexionar la acción civil a la penal, los requisitos y restricciones. Al respecto de estas consideraciones y de la relación de este precepto con el Derecho nacional del foro, véase P. Mankowski, “Sección 2, Special Jurisdictions: Article 5”, *loc. cit.*, pp. 273-277). Todo ello sin perjuicio de la disposición general contenida en el art. 61 RBI

posibilidad de cubrir acciones civiles presentadas contra otro demandado más que el que aparece en el procedimiento penal, pero esta posibilidad estaría restringida a los casos donde el demandado es idéntico en ambos procedimientos establecidos⁵²⁹. Esta norma supone la transposición al DIPr. de una norma ya existente en numerosos sistemas internos: la acumulación de las acciones civil y penal por motivos de economía procesal⁵³⁰. Con esta regla se rompe con la solución referida y consecuentemente se complementan los criterios de atribución de competencia en materia de responsabilidad delictual.

9. Aun los beneficios alegados respecto de este precepto no ha estado exento de críticas. La principal es que supone introducir en el RBI⁵³¹/CL fueros en lo que se basan los tribunales penales, que obedecen a criterios que pueden resultar exorbitantes y basados en intereses exclusivamente nacionales. Esta previsión permite la aplicación del RBI/CL utilizando “la puerta de atrás”⁵³² para supuestos que estarían excluidos de estos instrumento no sólo por razón de la materia sino también por incumplimiento del requisito espacial (demandado domiciliado). Por todo ello, y en base a las garantías procesales proclamadas en el CEDH, se ha mantenido que el art. 5.4 únicamente puede dar competencia para conocer de la acción civil acumulada cuando el tribunal penal haya basado su competencia en un criterio que tenga una conexión mínima con el litigio -para garantizar un mínimo cumplimiento con el principio de proximidad que inspira todo el sistema de competencia del RBI⁵³³-. En cualquier caso, en la práctica este

(*ibid.* p. 276-277).

⁵²⁹ Cf. *ibídem*, en nota 1114.

⁵³⁰ Se ha justificado la conveniencia de este fuero de acumulación de acciones no solo por razones de economía procesal sino también para evitar decisiones contradictorias (Cf. P. Blanco-Morales Limones, “Artículo 5”, *loc. cit.*, p. 132). Incluso se ha llegado a afirmar que en virtud de esta regla el demandante consigue una clase de *forum conexitatis* (cf. P. Mankowski, , “Sección 2, Special Jurisdictions...”, *loc. cit.*, p. 273). Originariamente esta regla, al igual que la del art. 5.3 CB, se elaboró pensando exclusivamente en los accidentes de circulación por carretera (cf. M. Desantes Real, *La competencia...*, *ob.cit.*, p. 90).

⁵³¹ Si bien, originariamente esta crítica se realizó sobre el texto del CB pero que se mantiene de plena vigencia dado que el tenor literal del art. 5.4 del RBI es idéntico al de su antecesor.

⁵³² Cf. P. Mankowski, “Sección 2, Special Jurisdictions: Article 5”, *loc. cit.*, pp. 274-276, en particular p. 274, y en ese mismo sentido véanse las referencias bibliográficas recogidas en las notas a pie nº. 1636 a 1657.

⁵³³ Cf. P. Shlosser, “Jurisdiction in International Litigation. The issue of Human Rights in

precepto ha sido muy poco utilizado por los tribunales⁵³⁴, sin que exista ningún caso sobre lesión de derechos de la personalidad en el que se haya recurrido a él.

II.-) Fuero del lugar del daño: Fundamentos

1.-) Aplicación y principios de interpretación del fuero del lugar del daño

10. Los criterios de competencia del RBI/CL no son siempre sencillos de aplicar a este tipo de daños. Especialmente el *forum delicti commissi* plantea graves problemas de precisión dependiendo del medio utilizado para la verificación del daño, en particular cuando éste es un medio masivo ya que en estos casos el lugar del hecho dañoso tiende a deslocalizarse: típicamente por la disociación espacial entre el acto de origen y el daño o por la concurrencia de una pluralidad de daños en países distintos. Y dado que en la actualidad en la mayoría de los supuestos en los que se produce una presunta lesión de los derechos de la personalidad es debido a la publicación y difusión de informaciones controvertidas en Internet, este problema de concreción no puede considerarse secundario. Los potenciales problemas interpretativos que el criterio de conexión *locus delicti* puede generar en la práctica especialmente en el medio virtual, permitiría hablar de inseguridad dentro del ámbito de aplicación de este instrumento comunitario. Además, las características propias de Internet hacen que cuando la demanda verse sobre actividades desarrolladas en la red los requisitos –espaciales- para la aplicación del RBI puedan interpretarse de una manera distinta a la habitual, más adecuada a este medio. Cuando es Internet el medio utilizado para la comisión del daño es posible que la localización geográfica del demandado no sea una cuestión sencilla –por muy diversos motivos-, lo que complica apreciar por el foro la concurrencia del requisito

relación to National Law and to the Brussels Convention”, *Riv. dir. int.*, 1991, pp. 5-34, en particular, pp. 24-25. Aunque también hay posturas más permisivas entre la doctrina nacional que han señalado que el art. 5.4 resulta de aplicación cuando la competencia del tribunal penal se basa en criterios no previstos en CB, como por ejemplo la nacionalidad del autor del ilícito o de la víctima (*cf.* P. Blanco-Morales Limones, “Artículo 5”, *loc. cit.*, p. 134).

⁵³⁴ Una de las escasas ocasiones en la que se ha recurrido a este precepto por los tribunales españoles ha sido en materia de daños al medio ambiente, en el asunto *Mar Egeo* (SAP de a Coruña de 18 de junio de 1997, *REDI*, 1996-1, 1996-29-Pr, y nota de A. Crespo Hernández, pp. 371-375). Para un análisis detallado de este asunto, véase. A. Crespo Hernández, *La responsabilidad civil derivada de la contaminación...*, *ob. cit.*, pp. 193-196.

espacial derivado del juego de los artículos del 2 al 4 del RBI –demandado domiciliado en un Estado miembro-. No obstante, tal y como se deriva de la doctrina más reciente del TJUE no es necesario que se dé certeza absoluta al respecto, es decir, es suficiente con que se presuma⁵³⁵ que el potencial demandado se encuentre domiciliado en un Estado miembro para que pueda considerarse la aplicación del régimen del RBI y en particular del criterio especial de competencia del art. 5.3 –o mejor dicho, que se pueda concluir que siendo ciudadano de la Unión no está domiciliado en un tercer Estado-⁵³⁶. En este sentido resulta relevante la sentencia de 15 de marzo de 2012⁵³⁷ donde el Tribunal de Justicia se pronuncia al respecto en un supuesto de presunta lesión de los derechos de la personalidad por la publicación de ciertas fotografías en Internet con ausencia de domicilio o de lugar de residencia conocido del demandado en el territorio de un Estado miembro. El Tribunal concluye –en el caso particular⁵³⁸- que el artículo 4, apartado 1º del Reglamento debe interpretarse en el sentido que no impide que se aplique el art. 5.3º “a una acción de responsabilidad por la gestión de un sitio de Internet frente a un demandado que es probablemente ciudadano de la Unión, pero que se halla en paradero desconocido, si el órgano jurisdiccional que conoce del asunto no dispone

⁵³⁵ Porque concurren suficientes elementos indiciarios que justifiquen la aplicación del RBI en vez de las normas de competencia nacionales. En este sentido, el objeto de la prueba no es la domiciliación en un Estado miembro sino la no domiciliación en un tercer Estado. Esto es, los indicios probatorios se dirigen a probar que el demandado, ciudadano de la Unión no domiciliado en el Estado miembro de dicho órgano jurisdiccional, está efectivamente domiciliado fuera del territorio de la Unión. Respecto del juego del art. 2 y 5.3º RBI y la necesidad de un concepto flexible de domicilio del demandado en los casos de Internet véase la sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2011, *Hypoteční banka*, C-327/10, Rec. I-0000, apartado 42.

⁵³⁶ De tal manera que a falta de tales indicios probatorios –que se encuentra domiciliado en un Estado no parte- la competencia judicial internacional del órgano jurisdiccional de un Estado miembro se establece con arreglo al RBI y no a las normas nacionales de competencia. No se trata de sustituir un foro general como es el del domicilio del demandado del art. 2 RBI por uno de ataque como es el del 5.3 sino de flexibilizar la aplicación del sistema RBI adaptándolo al contexto de Internet.

⁵³⁷ STJUE (Sala Primera) de 15 de marzo de 2012, *G v. Cornelius de Visser*, C-292/10.

⁵³⁸ En este caso en concreto, tanto la información legal del sitio *web* como la base de datos DENIC (registro del dominio .de) indicaban como contacto a un sujeto con domicilio en Dortmund (Alemania) –aunque con ese nombre no constaba nadie en la guía telefónica de esa población-. Además, se desconocía el lugar donde se hallaba el servidor que albergaba el sitio *web* controvertido y el que aparecía como propietario de la página no pudo ser notificado en la dirección allí referida (Países Bajos) porque se devolvían las notificaciones por ser destinatario desconocido, por lo que finalmente se notificó mediante edictos –siguiendo el Derecho procesal nacional-. *Vid.* Apartados 27 a 29.

de indicios probatorios que le permitan llegar a la conclusión de que dicho demandado está efectivamente domiciliado fuera del territorio de la Unión Europea” (aps. 41-42 y 1º del Fallo)⁵³⁹. Esta interpretación del Tribunal de Justicia supone una flexibilización del criterio y condición espacial del sistema Bruselas con el fin de adaptarlo al nuevo contexto que Internet supone -y a los nuevos problemas que este medio genera, y que en el momento de la promulgación del RBI no se habían ni planteado-.

11. Para concretar los problemas que surgen en la aplicación a este tipo de daños de éste y los demás fueros previstos en las normas sobre competencia del sistema RBI, es necesario realizar un proceso de interpretación en el que ha de tenerse en cuenta una serie de principios de distinta naturaleza y condición. Los principios de carácter procesal resultan determinantes para la interpretación de los textos generales de competencia, como es el de concentración de acciones (objetivo común del RBI y CL), o el principio de proximidad como sustancial principio inspirador del *forum delicti commissi*⁵⁴⁰ (lo que tiene reflejo tanto en el sistema RBI/CL⁵⁴¹ como en la LOPJ⁵⁴²). Y todo ello teniendo en cuenta que el principal objetivo de esta norma de competencia judicial internacional es encontrar una “proximidad razonable”⁵⁴³ entre el litigio y la

⁵³⁹ Cuestión distinta es la posibilidad o no de sustanciar el procedimiento en ausencia del demandado (rebeldía), lo que se determinará de conformidad con los requisitos del art. 26 apartado 2º RBI (según ha sido interpretado por el TJUE, véase al respecto la sentencia *Hypoteční bank*, loc. cit., apartados 52-53; y en términos idénticos, asunto *G v. Cornelius de Visser*, loc. cit., aps. 55-59). En cualquier caso el demandado siempre podría acudir al art. 34.2 RBI para impedir el reconocimiento de la sentencia en estas circunstancias.

⁵⁴⁰ Vide, P. Lagarde, “Le principe de proximité Dans le Droit international privé contemporain”, *R. des C.*, 1986-I, t. 196, pp. 2-238, en esp. p. 132; F. Pocar, “Le lieu du fait illicite dans les conflits de lois et de juridictions”, *Travaux Com. Fr. Dr. int. pr.*, 1985-1986, pp. 71-88, en particular p. 72.

⁵⁴¹ La incidencia del principio de proximidad en la elaboración del art. 5.3 o CB se puso de manifiesto por el Informe Jenard (Cf. Loc. cit., p. 142). En los mismos términos, entre otros, H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe: Règlement no 44/2001, Conventions de Bruxelles et Lugano*, París, 3a ed. 2002, p.131; P. Bourel, “Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé”, *R. des C.*, 1989, T. II, 214, pp. 261-398., en p. 366.

⁵⁴² En este sentido véase, M. A. Amores Conradi, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil...”, loc. cit., p. 132; J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, ob. cit., p. 91.

⁵⁴³ M. A. Amores Conradi, precisa que la proximidad razonable justifica que los criterios sean alternativos y no exclusivos, dado que si necesariamente hubiera que acudir ante los tribunales con los

jurisdicción del Estado, como resultado de la conjunción entre el acceso a la justicia y una defensa no excesivamente gravosa. Pero junto con estos principios de rasgo procesal cabe valorar otros que pueden cobrar cierta relevancia por la especialidad de la materia, como puede ser el principio de protección de parte (víctima)⁵⁴⁴.

12. En primer lugar, y con carácter previo al análisis de cualquier principio específico, es necesario recordar que el RBI como Derecho comunitario debe ser interpretado de conformidad con los métodos específicos de interpretación del Derecho comunitario. No obstante existen elementos específicos para este instrumento. El predecesor del RBI (el CB) ya ha sido interpretado como tratado internacional⁵⁴⁵ por el TJUE y las jurisdicciones nacionales durante toda su vigencia. La doctrina asentada por el Tribunal de justicia es aplicable al Reglamento, toda vez que lo que se perseguía con la aprobación de éste era que el tránsito –la transformación- del CB al RBI fuera lo más natural posible⁵⁴⁶. En consecuencia, el RBI puede y debe ser interpretado en la misma

que el litigio muestre la mayor conexión, únicamente existiría un fuero (*cf.* , “La nueva estructura...”, *loc. cit.*, pp. 124-125). C. Otero García-Castrillón, va más allá, al señalar que la relación de alternancia de los criterios de competencia no obedece a la búsqueda de mayor conexión, sino que atendiendo a su carácter cerrado, el legislador permite la alternancia como vía de flexibilización.; lo que se traduce en la práctica a que el demandante entre los fueros posibles, elige el que según sus intereses le resulte más conveniente. *Cf.* C. Otero García-Castrillón, “Problemas de aplicación de las normas de competencia judicial internacional en el Derecho español y comunitario: Reflexiones en torno al forum non conveniens”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 94, 2000, pp. 99-128, en particular, p. 16 en nota 52. en términos generales sobre el reflejo de la doctrina del forum non conveniens en el RBI, véase. P. Vlas, “Chapter II. Jurisdiction. Section 1: General provisions”, en en P. Mankowski, U. Magnus (eds.), *European commentaries on...*, *ob. cit.*, pp. 76- 82, en esp. p. 79-80.

⁵⁴⁴ P. Lagarde refiere otros principios concurrentes con el de proximidad, así como de “pluralidad de fundamentaciones” de las normas de competencia judicial internacional, haciendo referencia expresa a la protección de la parte más débil, la autonomía de la voluntad, etc. (*cf.* P. Lagarde, “Le principe de proximité...”, *op. cit.*, pp 128-129)

⁵⁴⁵ Lo que lo diferencia del RBI que es Derecho comunitario y no Tratado. Por lo que, al menos directamente, no va a estar sujeto a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados, de 23 de mayo de 1969. Pero sí indirectamente va a incidir en la interpretación del RBI, toda vez que ésta norma internacional sí condiciona la interpretación del CB. En este sentido se ha pronunciado el propio Tribunal de Justicia en el asunto *Herbert v. Universal Ogden Services Ltd.*, (As. C-37/00), sentencia de 27 de febrero de 2002, § 29.

⁵⁴⁶ Se trataba de evitar como un trastorno el paso de la antigua norma a la nueva, por lo que debería de ser una continuación en todo lo posible. Como una de las nuevas competencias de la UE en

línea que el CB⁵⁴⁷, salvo aquellos aspectos en los que el tenor literal no se corresponda con la norma anterior, en cuyo caso habrá que actuar cautelosamente a la hora de aplicar automáticamente la doctrina del CB⁵⁴⁸, como ocurre en cierta medida con el art. 5.3 RBI. Con el texto actual del art. 5.3 RBI se prevé la tutela tanto frente a daños presentes como futuros, para posibilitar la adopción de medidas preventivas por la víctima (“lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso”). Mientras que en el CB únicamente se hacía referencia al “lugar donde el hecho dañoso se ha producido”. La disparidad entre ambos textos no se refiere a la conexión utilizada -que es la misma, con términos idénticos- sino a la posibilidad de evitar daños futuros acudiendo a los tribunales con base en este fuero. En consecuencia, procede la aplicación sin problemas de la doctrina del TJUE dictada sobre el CB en interpretación de este precepto.

materia de administración de justicia (*ex ante* art. 65 TCE)

⁵⁴⁷ En este sentido se ha pronunciado el TJCE en numerosas sentencias. Véanse, entre otras, a modo de ejemplo, Sentencia de 1 de octubre de 2002, dictada en el asunto *Verein Konsumenteninformation v. Karl Heinz Henkel* (As. C-167/00), que se ocupó de delimitar el alcance y aplicación del fuero de competencia especial del art. 5.3; concluyendo en su § 49 que “*aunque no sea aplicable ratione temporis al litigio principal, el Reglamento (CE) n. 44/2001 (...), confirma la interpretación según la cual el artículo 5, número 3, del Convenio de Bruselas no presupone la existencia de un perjuicio. En efecto, este Reglamento ha precisado el tenor del artículo 5, número 3, del Convenio de Bruselas, en la medida en que, en la nueva redacción que resulta de dicho Reglamento, esta disposición se refiere al «lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso». Pues bien, dado que no existe ningún motivo que justifique una interpretación diferente de las dos disposiciones de que se trata, la exigencia de coherencia implica que debe reconocerse al artículo 5, número 3, del Convenio de Bruselas un alcance idéntico al de la disposición correspondiente del Reglamento n. 44/2001. Lo mismo debe afirmarse, con mayor razón, dado que el objeto de dicho Reglamento es sustituir al Convenio de Bruselas en las relaciones entre Estados miembros, con la excepción del Reino de Dinamarca, donde el Convenio seguirá aplicándose entre éste y los Estados vinculados por dicho Reglamento*”.

⁵⁴⁸ En lo que respecta a los litigios objeto de estudio, el cambio del CB al RBI no ha supuesto un cambio importante, ya que los fueros de competencia aplicables en esta materia son sustancialmente los mismos en ambos textos, y en su caso las precisiones que se han introducido en el texto obedecen precisamente a la interpretación que por el TJCE se hubiere realizado de estos fueros. Consecuentemente, procede la aplicación sin problemas de la doctrina TJCE dictada sobre el CB en relación con los fueros de responsabilidad extracontractual.

La interpretación autónoma del Reglamento sin referencia específica a ningún Derecho nacional en particular es característica tanto en relación con el CB como el RBI en tanto que Derecho de la UE. Consecuentemente, la transformación del CB en el RBI no supuso un cambio sustancial en el método de interpretación autónoma existente⁵⁴⁹. No obstante, esto no significa que esté excluida toda referencia a Derecho nacional⁵⁵⁰. Allí donde el Reglamento así lo ordene el Derecho nacional aplicable tendrá que ser todavía determinado y aplicado⁵⁵¹. De igual forma, el carácter autónomo de su interpretación no excluye el uso del material en el que el Reglamento está basado⁵⁵² o la referencia a otros instrumentos internacionales y su interpretación los cuales también tienen incidencia en la interpretación del Reglamento⁵⁵³.

⁵⁴⁹ Es más, esto solo refuerza la postura que aboga por seguir principalmente una interpretación autónoma de este instrumento comunitario. Cf. U. Magnus, "Introduction", en P. Mankowski, U. Magnus (eds.), *European commentaries ...*, ob. cit., pp. 4-46, en esp. p. 32.

⁵⁵⁰ Ya que el RBI no tiene por objeto unificar las normas de Derecho material y de procedimiento de los distintos Estados contratantes, sino repartir las competencias judiciales para la solución de los litigios en materia civil y mercantil en las relaciones entre los Estados contratantes y facilitar la ejecución de las resoluciones judiciales (Cf. § 35, asunto *Fiona Shevill*, STJCE de 7 de marzo de 1995, si bien, en relación con el CB). Vid. STJCE, Sala 6ª, de 5 de febrero de 2004, asunto C-18/2002, *DFDS Torline A/S c. Seko Sjöfolk Facket för Service och Kommunikation*, con nota de E. Pataut, *Rev. crit. dr. int. pr.*, Vol. 93, Nº 4, 2004, pp. 791-807, en esp. pp. 802 y ss. Si bien, en cuanto a la cuestión de la ilegalidad o no de una acción colectiva en el ámbito laboral de la que se deriva responsabilidad extracontractual en el ejercicio de una acción de indemnización.

⁵⁵¹ Como por ejemplo así ocurre en el art. 59 RBI que establece que para determinar si una parte está domiciliada en un Estado miembro habrá que acudir al Derecho nacional de ese Estado (*lex fori*); o también la referencia expresa al Derecho del foro contenida en el art. 5.4 RBI.

⁵⁵² Aquí podrían englobarse, el memorándum explicativo que acompañó a la Propuesta de anteproyecto y la enmienda a la Propuesta de anteproyecto de la Comisión; e incluso los informes oficiales sobre CB, y posteriormente CL. Pero sobre todo, la doctrina asentada por el TJCE en interpretación del CB continúa siendo significativa. Cf. U. Magnus, "Introduction", *loc. cit.*, pp. 31-32.

⁵⁵³ Este sería el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (*CISG*), donde su art. 9. 2º ha sido el modelo que ha seguido el art. 23.1º RBI a la hora de reglamentar la autonomía jurisdiccional de las partes -que puede resultar operativa en este tipo de litigios-. Sobre este texto y otros instrumentos internacionales *vid.* U. Magnus, "Chapter II (Jurisdiction), Section 7: Prorogation of Jurisdiction (Art. 23)", en U. Magnus P. Mankowski, (eds.), *European Commentaries on...*, ob. cit, pp. 436-527, en esp. p. 445 y ss.

13. Una vez contextualizada la labor de interpretación del RBI como instrumento comunitario, procede el análisis de los principios que en particular van a incidir en la interpretación y aplicación de los distintos fueros de competencia que pueden entrar en juego en los litigios sobre lesiones a los derechos de la personalidad.

En lo que se refiere a los principios procesales, el de proximidad es esencial como ya se indicó, pero no solo en el momento del diseño de la norma de competencia del art. 5.3º sino también en su puesta en práctica. La regla de competencia del art. 5.3 RBI viene marcada por la especial conexión que existe generalmente entre el lugar del daño con el supuesto litigioso, esto es, el principio de proximidad es el que fundamenta la existencia este fuero –lo que permite desplazar la regla general de competencia localizada en el domicilio del demandado⁵⁵⁴-. Esto obedece a la existencia de un vínculo estrecho entre el litigio y la jurisdicción, como se refleja en la adopción por el TJUE el principio de ubicuidad para ciertos daños deslocalizados, lo que permite afirmar dicha conexión tanto con el lugar de origen del daño como el/los de materialización de aquellos⁵⁵⁵. En la práctica esta específica interpretación del criterio de conexión supone que la víctima (demandante) tenga varias opciones entre las que elegir a la hora de entablar su acción (lo que indudablemente le beneficia): entre aquellos lugares que se encuentran vinculados con el hecho dañoso. Y es ahí donde se realiza una interpretación amplia -de esos posibles lugares- y, en este sentido, se considera que se encuentran conectados al daño tanto el lugar de origen como el de resultado (lo que multiplica las posibilidades de la víctima y le beneficia). En esta línea se ha llegado a afirmar que la finalidad perseguida con la proclamación de la teoría de la ubicuidad para concretar el lugar del daño en el art. 5.3º, es la protección de la víctima junto con la buena

⁵⁵⁴ Fuero que permite atacar al demandado fuera de su espacio natural, es decir, fuera de su domicilio. Aunque el Reglamento no prescribe especiales requerimientos personales para su aplicación, la regla básica de que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro (art. 2 RBI) concierne más bien a la necesaria conexión territorial entre el litigio y el foro (con independencia de la nacionalidad de las partes). *Vid.* U. Magnus, “Introduction”, *loc. cit.*, pp. 37-38.

⁵⁵⁵ Es en la STJCE de 30 Nov. 1976, asunto *Handelskwekerij GJ Bier BV contra Mines de Potasse d’Alsace SA*, (As. 21/76), R. des C. 1976, pp. 1735-1758, donde por vez primera se recoge el principio de ubicuidad en relación con un supuesto de contaminación transfronteriza. Esto supuso que la empresa francesa podía ser demandada a elección de los demandantes holandeses, bien ante los tribunales galos, bien ante los holandeses.

administración de justicia⁵⁵⁶.

En cualquier caso, los medios de verificación del ilícito inciden -o al menos deberían-, en la interpretación y aplicación de las normas de competencia por su carácter prominentemente territorial. Esto debe relacionarse con otro principio que opera como límite a la ubicuidad: el de previsibilidad del tribunal competente para el responsable. La aplicación de las reglas de competencia judicial internacional tradicionales asociadas a las actividades realizadas en Internet presenta peculiaridades propias; lo que debería reducirse en la necesaria adaptación de aquellas para garantizar el derecho fundamental a un proceso justo o el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. La consagración de ciertos estándares procesales para litigios civiles a nivel convencional comúnmente aceptadas -como el art. 6.1 CEDH en Europa-, que han tenido reflejo en distintos sistemas nacionales (o al menos con fundamentos coincidentes), permite afirmar que con carácter general es necesario asegurar el equilibrio entre las partes, garantizando el derecho al acceso a la justicia pero al mismo tiempo asegurando que el fuero de competencia sea también justo para la parte demandada⁵⁵⁷. Con todo ello se exige una revisión, o al menos una precisión, en la aplicación de los criterios tradicionales de competencia -basados en el concepto clásico de territorio- que permitan al mismo tiempo cumplir con el objetivo de la buena administración de justicia, de seguridad jurídica y el acceso a la justicia.

14. En el momento de aplicar el criterio de competencia del art. 5.3 podrían entrar en juego otros principios adicionales, como es el de protección de la víctima. Los tribunales españoles podrían tener en consideración el principio *favor laesi* como un principio informador del sistema de competencia. Aunque el principio *favor laesi* es bastante discutible en materia de responsabilidad no contractual en general⁵⁵⁸, en materia

⁵⁵⁶ Sobre las distintas concepciones doctrinales *vid.* M. Carlón Ruíz, *Competencia territorial y responsabilidad extracontractual*, Barcelona, 1995, esp. pp. 124-139.

⁵⁵⁷ *Vide*, Kaufmann-Kohler, "Internet: mondialisation de la communication-mondalisation de la résolution des litiges?", en K. Bolee-Woelki, y C. Kessedjian (dirs.), *Internet. Which Court decides...*, *ob.cit.*, pp 89-142, en esp. pp. 92-104.

⁵⁵⁸ Aunque en materia de daños al medio ambiente este principio interpretativo ha sido defendido por otros. Como por ejemplo, por A. Weill, "Un cas épineux de competente législative en matière de responsabilité et du lieu du préjudice", *Mélanges offerts à J. Maury*, París, 1960, pp. 544-561, en esp. p. 556.

de daños a los derechos de la personalidad parece más justificable⁵⁵⁹. Aunque algunos de los argumentos que se han ofrecido para fundar la existencia de este principio con carácter general no resultaría de aplicación para todos los supuestos de lesión de derechos de la personalidad. Por ejemplo, la posición predominante del autor del daño, cuando éste es fuerte y conocedor de los riesgos que su actividad conlleva, y por lo tanto, con medios suficientes para afrontar las posibles responsabilidades en las que incurra, incluso si el litigio se lleva a cabo en el extranjero. Lo que se contrapone a la posición de la víctima que estaría en situación de inferioridad, pues generalmente se tratarían de personas privadas sin conocimientos en la materia ni recursos especiales para litigar en el extranjero -y que raramente pudo prever la agresión y adoptar los medios para su defensa-. Este argumento únicamente resultaría aplicable en aquellos supuestos en los que el agente causante del daño fuera un medio de comunicación de proyección internacional y la víctima una persona privada. La cuestión de si la condición pública de la víctima incide o no en su posición de defensa es algo discutible -pues no por el hecho de ser un personaje público ha de presumirse que debe prever las posibles agresiones a sus derechos de la personalidad-. Por lo tanto, no siempre el responsable está en posición de preeminencia y la víctima de debilidad, ni el posible responsable puede prever siempre el riesgo y sus consecuencias (por ejemplo cuando el Derecho material que resulte aplicable determine la aplicación de la regla de responsabilidad solidaria de todos los intervinientes).

2.-) Delimitación y alcance de la regla de competencia

15. En este apartado se va a analizar la norma de competencia desde el punto de vista de las cuestiones generales que esta regla suscita para su aplicación -presupuestos y condiciones-. El primer paso para la aplicación de la regla especial de competencia del art. 5.3 es el de la delimitación del concepto delictual o cuasidelictual de su enunciado⁵⁶⁰, lo que ha sido objeto de la jurisprudencia del TJUE⁵⁶¹. Esta cuestión no

⁵⁵⁹ Ya que este principio tiende a poner todo el peso de la protección en la persona, esto es, el interés jurídicamente relevante es el individuo en sí mismo. *Vide*, en este sentido M. Desantes Real, *La competencia judicial...*, *ob. cit.*, p. 303. En los mismos términos, si bien en relación con la aplicabilidad de este principio en los supuestos de responsabilidad extracontractual por daños al medio ambiente, *vid.* A. Crespo Hernández en *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 102.

⁵⁶⁰ La noción de delito/cuasidelito abarca una gran variedad de casos. Véase, al respecto, el

presenta mayores dificultades a la hora de encajar dentro de este concepto las lesiones a los derechos de la personalidad. Si bien dejando al margen la posibilidad de disposición por los titulares de cierto contenido de estos derechos mediante actos de disposición, por lo general mediante contratos a cambio de una remuneración (como por ejemplo la venta de “exclusivas” por parte de personajes más o menos conocidos por el público o el consentimiento acerca del tratamiento de datos personales). Todas aquellas cuestiones que puedan generar responsabilidades derivadas del contrato -o negocio jurídico previo entre las partes- no tendrán la condición de extracontractuales y, consecuentemente, no podrá acudir al art. 5.3 para concretar la jurisdicción competente y habrá que localizar los fueros aplicables en materia contractual. Ahora bien, como ya se anticipó también caben excepciones dentro de estos supuestos, por ejemplo que se trate de un incumplimiento de la relación jurídica por exceso, pues podría resultar defendible su catalogación como extracontractual en algunos casos⁵⁶². Todo ello además si perjuicio del reconocido aspecto patrimonial del derecho a la propia imagen también susceptible de ser el objeto de un contrato.

16. Antes de entrar al análisis pormenorizado del criterio atributivo de

cuestionario 3º, pregunta 2.2.10 de los informes nacionales (*loc. cit.*). En el mismo sentido, entre la doctrina, *vide*, P. Mankowski, "Sección 2, Special Jurisdictions: Article 5", *loc. cit.*, pp. 234-236. En relación con todos los problemas interpretativos que la materia delictual o cuasidelictual del art. 5.3º RBI causa en la práctica, con referencia expresa a las distintas posturas doctrinales, *vide*, M. Virgós Soriano, F. J. Garcimartín Alférez, *ob. cit.*, pp.187-190 (párrafos 5.93-5.99).

⁵⁶¹ A este respecto el TJCE en su sentencia de 27 de septiembre de 1988, asunto *Kalfelis* (189/87, Rec. p. 5565), en su apartado 18 definió el concepto de materia delictual o cuasidelictual en el sentido del número 3 del art. 5 como un concepto autónomo que abarca todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no están relacionadas con la "materia contractual" en el sentido del número 1 del art. 5. En los mismos términos, puede verse la STJCE, 17 de junio de 1992, asunto *Jackob Handte v. Mécano Chimiques*. De acuerdo con esta doctrina, el art. 5.3º RBI tiene carácter residual, pues siempre va a aplicarse cuando la obligación no esté incluida en el art. 5.1 RBI. Para una análisis cronológico de la doctrina jurisprudencial del TJUE sobre las aproximaciones conceptuales de los términos contractual y extracontractual, *vide*, R. Arenas García, "La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derechos internacional privado", *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 393-415, en particular, pp. 399-404. Sobre los problemas de delimitación entre los números 1º y 3º del art. 5 RBI, véase, B. Hess, T. Plfeiffer y P. Schlosser, *The Brussels I Regulation...*, *ob.cit.*, §§ 179-181.

⁵⁶² Entre otros supuestos en los que la calificación como contractual o extracontractual del objeto del litigio puede resultar complicada en este tipo de asuntos. *Vid. infra*, apartados 84-85.

competencia empleado -lugar del daño-, cabe plantearse en qué medida esta regla de competencia comprende el ejercicio de las acciones preventivas de prohibición o cesación de actividad para la tutela de estos derechos en el sistema RBI/CL⁵⁶³. En el marco del CB⁵⁶⁴ esto planteó serios problemas para la doctrina por el propio tenor literal de su art. 5.3⁵⁶⁵. Este precepto sólo otorgaba competencia a los tribunales del lugar donde se hubiera verificado el daño (ya sea del acto causal o donde se materializó el daño/s), esto es, únicamente podía utilizarse este fuero una vez producido el daño, no con carácter preventivo o previo. Pero esto no impidió la opinión generalizada de la doctrina en sentido favorable para la resolución de la cuestión⁵⁶⁶. Además, esto se complicaba con problemas de calificación previos cuando estas medidas se pretendían ejercitar de forma separada al ejercicio de la acción por la que se reclamaba por la víctima la reparación de los daños y perjuicios (acción resarcitoria)⁵⁶⁷.

⁵⁶³ En la anterior redacción de este precepto en el CB de 1968 estaban comprendidas claramente las acciones de cesación y/o prohibición de actividades como acciones de fondo, no así cuando se trataba de acciones de carácter preventivo.

⁵⁶⁴ Y consecuentemente también era extrapolable para la versión del CL de 1988 toda vez los textos era prácticamente idénticos.

⁵⁶⁵ "En materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso".

⁵⁶⁶ En este sentido puede verse la opinión favorable del Informe Schlosser de incluir estas acciones en el art. 5.3º CB (*vide*, "Informe de P. Schlosser sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia", *DOCE* C 189, 28 julio de 1990, p. 220). Entre la doctrina española *vide* A. Borrás Rodríguez, "La revisión...", *loc. cit.*, p. 23, donde señala que debería aclararse que el art. 5.3 incluye medidas preventivas, lo que finalmente se recoge de manera expresa en la versión del art. 5.3º del RBI/CL.

⁵⁶⁷ En caso de ejercicio autónomo de acciones surgían problemas de calificación de las acciones de prohibición o cesación (de su fundamento delictual) que resultaban previas a cualquier aplicación del *forum delicti commissi*. A falta de calificación autónoma por parte de TJUE podían diferenciarse dos tipos de acciones en este sentido. En primer lugar, las que se ejercitaban al mismo tiempo que la acción de reparación de daños y como consecuencia de éstas. Dado que se derivan directamente de la responsabilidad civil y son consecuencia de la reclamación del acto antijurídico se pueden incluir fácilmente dentro de la materia delictual (*Vid.* C. de Miguel Perales, *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 94; J. Santos Briz, *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 854). En segundo lugar, aquellas cuya calificación era difícil porque su solicitud de prohibición o cese de la actividad pretendían precisamente evitar la producción del daño antes de que pudiera éste manifestarse. Sobre el debate

Todos estos problemas se han visto superados al modificarse el contenido del actual del art. 5.3º en la versión RBI/CL⁵⁶⁸ -en el sentido que reclamaba la doctrina-. Con la precisión final añadida al 5.3º ya no cabe duda de que este fuero especial puede utilizarse para conocer de estas medidas de carácter previo a la materialización del daño⁵⁶⁹. Ahora el problema estará en concretar ese lugar del riesgo (ya sea del acto o del daño) con carácter previo, para poder otorgarle competencia, dada la multiplicidad de posibles jurisdicciones en las que podrían potencialmente manifestarse el riesgo del daño. El *forum delicti commissi* como fuero para estas acciones debería ser entendido únicamente como el tribunal del lugar de ejercicio de la actividad, de esta forma se aseguraría la concentración de la competencia así como el carácter inmediato del fuero para garantizar la efectividad de la medida. Si son ejercitadas las medidas únicamente para prevenir una amenaza de daño -de forma independiente- quizá no debería interpretarse el *locus delicti* con la misma amplitud que en las acciones de carácter delictual -resarcitorias-, dado la multiplicidad de tribunales competentes a la que puede dar lugar la opción lugar del daño⁵⁷⁰ (lo que podría chocar con la necesaria previsibilidad del fuero).

3.-) Supuestos de disociación: lugar de origen y lugar de resultado

17. El art. 5.3 RBI utiliza como criterio de atribución de competencia judicial internacional el *locus delicti commissi*, o lugar del daño. En el marco del sistema RBI el

doctrinal de la calificación delictual de estas acciones de carácter preventivo y sus diferencias con las acciones conjuntas a la acción de reparación puede verse A. Crespo Hernández, *la responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, pp. 203-205

⁵⁶⁸ Al añadirse al tenor anterior una nueva precisión: o el lugar donde “pudiere producirse el hecho dañoso”.

⁵⁶⁹ El Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que el artículo 5. 3º RBI determina un foro tanto si el litigio tiene por objeto la reparación de un perjuicio que ya se ha producido, como si el objeto de la acción se dirige a impedir que se produzca el daño tanto de indemnización como de cesación. Cf. STJCE de 1 de octubre de 2002, *Henkel* (C-167/00, Rec. p. I-8111), §§ 46 y 48, y STJCE de 5 de febrero de 2004, *DFDS Torline* (C-18/02, Rec. p. I-1417), §§26 y 27.

⁵⁷⁰ En esta línea, H. Duintjer Tebbens apuntaba (si bien respecto del CB) que en la medida en que las acciones preventivas de un delito inminente estén incluidas en el art. 5.3º será necesario precisar el lugar del riesgo del acto o del daño (cf. H. Duintjer Tebbens, “Las competencias especiales en materia delictual y en materia de explotación de un establecimiento secundario”, TJCE, *Competencia judicial y ejecución de Sentencias en Europa*, Pamplona, 1994, pp. 97-108, en esp. p. 102)

lugar del daño es un concepto autónomo que necesita ser precisado por su carácter indeterminado, lo que le hace potencialmente susceptible de diversas -y en ocasiones contradictorias- interpretaciones en los Estados miembros, por lo que resulta de gran importancia la doctrina jurisprudencial del TJUE en la materia. Este precepto formula una norma de competencia judicial internacional de carácter especial -en materia delictual o cuasidelictual- lo que va a condicionar su interpretación. El punto de partida para la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es la exigencia de una interpretación restrictiva de las competencias especiales por tratarse de excepciones a la regla general contenida en el art. 2 RBI (domicilio demandado). En este sentido, la aplicación de la regla especial tiene que obedecer a la existencia de una conexión particularmente estrecha con la jurisdicción del lugar del hecho dañoso⁵⁷¹, en cualquier otro caso no resultaría justificada dicha atribución de competencia atendiendo a la consecución del objetivo de la buena administración de justicia⁵⁷².

18. El tribunal del foro para poder sustentar su competencia en este fuero tiene que verificar la concreción de su criterio de localización: “lugar del daño”, lo que plantea no pocos problemas en función de los supuestos. Los problemas que pueden surgir en la determinación de esta norma son de diversa índole y van desde la posible disociación territorial entre el lugar donde se realiza el hecho causal (lugar de origen) y donde finalmente se materializa el daño (lugar de resultado), lo que se han denominado como ilícitos a distancia, hasta la multiplicación de los lugares de origen y de resultado (daños plurilocalizados) o su verificación fuera de jurisdicción estatal. Todo ello, además, puede verse potencialmente complicado según el medio que se haya utilizado para la perpetración del ilícito, o por la complejidad del propio ilícito (por ejemplo cuando requiere para su comisión de diversos actos que pueden ser llevados a cabo por

⁵⁷¹ Cabe considerar que este fuero tiene su fundamento en el principio de proximidad razonable en la medida que, típicamente, el tribunal del lugar del daño es un tribunal próximo a los hechos que ocasionan el litigio. Esta proximidad reduce los costes para la tramitación del proceso y, en definitiva, contribuye a la resolución del fondo de forma más eficiente. Pero también en términos materiales es un foro razonable, basado en el principio de responsabilidad del autor del daño. *Vid.*, M. Virgós Soriano, F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil...*, *ob.cit.*, pp. 186-196, en esp. p. 187.

⁵⁷² Respecto de la aplicación de la regla especial de competencia del art. 5.3 véanse, entre otras, STJCE de 1976, asunto *Mines de Potasse (loc. cit.)*, §11; STJCE 11.1.1990, asunto *Dumez France et Tracoba*, C-220/88, § 17; STJCE asunto *Shevill y otros, loc. cit.*, § 19; STJCE 11.09.1995, asunto *Marinari*, C-364/93, §10.

distintos sujetos).

Conjuntamente con todo lo anterior, en la concreción del lugar del daño para la aplicación del art. 5.3 inciden las normas reguladoras del Derecho aplicable, pues la propia existencia del daño y su extensión serán determinadas en función del Derecho material que resulte de aplicación según las normas de DIPr del tribunal del foro. Esto supone que previamente a la determinación de su competencia el tribunal del foro deberá analizar el Derecho que sería aplicable para concretar si el daño se ha producido o no en su jurisdicción. Esto se ve claramente en el asunto *Shevill*⁵⁷³, donde el TJCE así lo estableció sin poner ninguna objeción, pues entiende que acudir al Derecho material aplicable a estos efectos no supone ningún obstáculo para la operatividad del art. 5.3 (§§ 63-64). En particular, en este asunto el caso volvió a la Cámara de los Lores que, aplicando la decisión del TJUE, y teniendo en consideración que para el Derecho inglés⁵⁷⁴ se presume que la publicación del material difamante constituye un daño para la persona difamada sin necesidad de específica prueba de ello, apreció que esto era suficiente para aplicar el art. 5.3 (CB). Consecuentemente, la demandante pudo invocar la jurisdicción de los tribunales ingleses en base a este artículo.

19. El principal problema de aplicación del art. 5.3 RBI en supuestos de disociación del daño gira en torno a la interpretación de su criterio de competencia judicial internacional –y competencia territorial–, esto es, la localización del daño. Su interpretación condiciona el alcance de la competencia judicial internacional a los Estados miembros. Y dada la conexión entre el tribunal del foro y el Derecho que se aplicará al litigio (*forum-ius*) la concreción del foro competente va a ser determinante para la solución del litigio, principalmente porque los litigios sobre lesiones a los derechos de la personalidad es una de la materias extracontractuales no unificadas en la UE en cuanto al Derecho aplicable⁵⁷⁵.

La más conocida de las dificultades en relación con el *forum delicti commissi* es

⁵⁷³ Asunto *Shevill* y otros, C-68/93, ya referido.

⁵⁷⁴ Al considerar que era el Derecho del foro el aplicable para determinar esta cuestión.

⁵⁷⁵ Al ser una de las materias que caen fuera del ámbito de aplicación del Reglamento Roma II, sobre ley aplicable a obligaciones extracontractuales, según el art. 1.2º g) Reglamento (CE) No. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»). DOE, 31.7.2007, L 199/40.

la que se plantea en caso de disociación territorial entre el lugar de origen, en el que se produce el evento generador, y aquél donde el daño o daños se materializan (pues estos pueden ser múltiples y manifestarse a su vez en distintos Estados). Es lo que se denomina como ilícitos disociados y plurilocalizados porque sus elementos no se manifiestan en un mismo lugar. Esta situación es frecuente en los daños a los derechos de la personalidad por publicación y difusión de información controvertida a través de medios transfronterizos, pues en la mayoría de los casos su carácter internacional viene precisamente por esa disociación. Además, el medio de verificación del daño -utilizado para dicha publicación- puede ser por sí mismo internacional (internacionalidad intrínseca) o incluso universal como ocurre con Internet⁵⁷⁶, por lo que esa disociación es connatural. Por ejemplo, en caso de la utilización de la Red para la difusión de cierta información que resulte atentatoria para los derechos de la personalidad, el lugar donde se introduce dicho contenido podrá ser considerado el lugar de origen, pero los efectos se producen en otros países: aquellos desde los cuales se accede o se puede acceder a los contenidos ilícitos, que en Internet pueden ser no solo numerosos sino potencialmente mundial. Las infracciones de los derechos de la personalidad mediante el uso de los *mass media* -medios de comunicación masivos- son ejemplos paradigmáticos de ilícitos a distancia: iniciados en un país y terminados en varios países, pues el daño se produce en distintos países. Consecuentemente, en estos supuestos la concreción del lugar del daño como criterio de atribución de competencia judicial internacional del art. 5.3 RBI/CL (y art. 22.3 LOPJ) ⁵⁷⁷ no va a ser automática y va a plantear ciertas peculiaridades⁵⁷⁸. Ante esta situación se presenta la cuestión de la localización de los tribunales que podrían resultar competentes para conocer y resolver el litigio. La respuesta a esta cuestión ha sido establecida por el TJUE en su interpretación del fuero especial de competencia en materia extracontractual del art. 5.3º a través de diversas

⁵⁷⁶ La información localizada en un sitio *web* resulta accesible desde ordenadores localizados en cualquier lugar del mundo. Esto conlleva que las infracciones de los derechos de la personalidad cometidas en Internet adquieran un carácter internacional.

⁵⁷⁷ Dejando al margen el ya mencionado –y analizado– criterio de competencia adicional que el sistema LOPJ recoge de forma alternativa en materia de obligaciones extracontractuales –alternativo al *forum delicti*–, que es el de residencia habitual común de autor y perjudicado en España.

⁵⁷⁸ Vid. P. Mankowski, “Sección 2, Special Jurisdictions: Article 5”, *loc. cit.*, pp. 261-265; C. I. Cordero Álvarez, “Algunos problemas de aplicación del art. 5.3º del Reglamento 44/2001”, *AEDIPr*, 2009, pp. 411-428.; G. Palao Moreno, “Competencia judicial internacional...”, *loc. cit.*, pp. 275-297.

sentencias⁵⁷⁹. Ahora bien, la solución que a este problema se ha dado en este sector específico de los derechos de la personalidad es susceptible de crítica y puede mejorarse, ya que en ciertas ocasiones puede causar serios perjuicios a la víctima dependiendo del medio utilizado para la verificación del daño.

20. Si la competencia viene determinada por el lugar del ilícito, el paso previo a la determinación del tribunal competente será determinar dónde se entiende producido el hecho dañoso o donde éste pueda producirse para el caso de las acciones preventivas. La operatividad del criterio del 5.3 RBI/CL requiere que siempre habrá de localizarse el lugar donde se ha producido la violación del derecho para determinar la competencia del tribunal a través de este fuero. La necesidad de localización del “delito” se intensifica cuando se trata de delitos complejos, esto es, cuando son necesarios varios actos para su comisión, como sucede en estos casos (edición, distribución, etc.). Las posibles respuestas a la cuestión son tres: otorgar competencia al tribunal del lugar de origen (el acto causal), al tribunal del resultado/s (donde se materializa el daño/s), o a ambos, lo que permite al demandante que opte según le convenga entre ellos –como así se prevé en el sistema RBI/CL⁵⁸⁰–.

La utilización del criterio de localización lugar del daño cuando se trata de

⁵⁷⁹ Aunque se mantiene cierta preocupación por algunos tribunales nacionales ante los supuestos de responsabilidad por daños materializados en distintos Estados (los denominados *multi-state cases*) y la aplicación a los mismos de la doctrina *Shevill*. En este sentido, puede verse, los informes Francés, 3er cuestionario, cuestión 2.2.11 y Austriaco, 3er cuestionario, cuestión 2.2.11, presentados para la elaboración del Libro Verde para la revisión del RBI (*loc. cit.*).

⁵⁸⁰ No hay en general para los supuestos de responsabilidad extracontractual otra opción posible, y por lo tanto tampoco para los daños transfronterizos de los derechos de la personalidad. No así para sectores específicos, como es el caso de responsabilidad por contaminación transfronteriza, donde existen propuestas que las combinan en el ámbito convencional. En este sentido, A. Rest presentó para el art. 25 del Proyecto de Convenio sobre indemnización de los daños transfronterizos causados al medioambiente de 1976, la posibilidad de establecer en todo caso la competencia del tribunal de origen, pero permitiendo la demanda ante el tribunal del daño si así lo reconocen los Estados miembros en virtud de un acuerdo recíproco o de su legislación interna. Lo que se pretendía es no privar a la víctima de la mayor opción prevista en el Derecho interno y que los Estados que no admitieran el principio de elección del tribunal por el demandante lo podrían aceptar solamente bajo la condición de reciprocidad (*cf. A. Rest, Convention on compensation for transfrontier environmental injuries. Draft and explanatory notes, Berlin, 1976, pp. 155-156*).

supuestos de disociación debe argumentarse razonadamente⁵⁸¹. El TJUE precisó esta cuestión inicialmente en el asunto *Mines de potasse d'Alsace*⁵⁸² (en adelante, *Minas de potasa*) y posteriormente en *Shevill*⁵⁸³ para un supuesto particular de lesión transfronteriza de derechos de la personalidad), para supuestos de ilícito a distancia con daños materializados en múltiples Estados. El TJUE considera que la expresión “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” comprende tanto el lugar donde se produce el hecho causal como el lugar donde sobreviene el daño o resultado lesivo⁵⁸⁴. Cabe, siguiendo esta doctrina, que en aplicación del art. 5.3 la víctima pueda elegir cualquiera de los dos fueros siempre que no coincida el lugar de la acción dañosa y el del resultado dañoso, y responda al objetivo de buena administración de justicia⁵⁸⁵. La solución establecida en la doctrina *Minas de potasa* aunque discutida en materia de responsabilidad extracontractual en general ha tenido una influencia enorme en textos normativos posteriores, con proyección tanto hacia abajo (en varias legislaciones nacionales europeas internas para el sector extracontractual⁵⁸⁶) como hacia arriba (convenios internacionales bilaterales suscritos por España el sector de reconocimiento y ejecución de decisiones en los que se prevén expresamente esta posible dualidad en materia de actos ilícitos: origen y resultado⁵⁸⁷).

⁵⁸¹ Para atribuir al foro competencia para conocer dentro del sistema RBI.

⁵⁸² Para un análisis de los efectos prácticos de esta sentencia en la concreción del criterio de conexión en el ámbito del CB 68, vide P. Bourel, “Nota a la STJCE 30 noviembre 1976, *Bier/ Mines de Potasse d'Alsace*, as. 21/76”, *Rev.cr.dr.int.pr.*, 1977, III, pp. 563-576, en esp. pp. 568- 576.

⁵⁸³ La doctrina *Shevill* fue establecida por el TJCE para un caso de difamación por artículo periodístico publicado/distribuido en distintos Estados.

⁵⁸⁴ Sentencias antes citadas, *Mines de potasse d'Alsace*, apartados 24 y 25, y asunto *Shevill* y otros, apartado 20.

⁵⁸⁵ Esto se justifica en que el hecho se halla vinculado tanto con el lugar donde ocurre el hecho causal como con el país del resultado lesivo.

⁵⁸⁶ A modo de ejemplo, puede referirse el art. 46.3 del Código de procedimiento civil francés en su redacción de 1981 (vid. sobre esta norma P. Bourel, “Du rattachement...”, *loc. cit.*, pp. 375-383), o el art. 129.2 de la Ley Suiza de DIPr. de 1987 (vid. sobre aquella, A. E. von Overbeck, “Les règles de la loi fédérales suisse sur le Droit international privé (LDIP) en matière d’actes illicites”, *La responsabilidad internacional Aspectos de Derecho internacional público y Derecho internacional privado*, AEPI, Alicante, 1990, pp. 487-503, en esp. pp. 488-489).

⁵⁸⁷ Por indicar algunos puede verse el art. 7.9 del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y la República Federal de Alemania, hecho en Bonn el 14 de noviembre de 1983 –

En definitiva, pueden sintetizarse en tres principios básicos los criterios establecidos por el TJUE para la interpretación y aplicación del art. 5.3 a los efectos de concretar este fuero de competencia cuando se trata de ilícitos a distancia⁵⁸⁸: 1º) la expresión “lugar de producción del hecho dañoso” exige una interpretación autónoma; 2º) esta interpretación está basada en el principio de ubicuidad, de manera que el demandante/actor puede optar entre demandar en el lugar donde el daño se materializó (lugar de resultado o *locus damni*) o en el lugar donde tuvo lugar el acontecimiento del que se deriva el daño (lugar de origen o *locus delicti*); y 3º) el término “daños” se refiere al lugar donde el acto lesivo de manera directa produjo sus efectos dañinos sobre la víctima inmediata (distinguiéndolo así de las meras consecuencias indirectas) al considerar que “*El artículo 5, punto 3, del Reglamento (...), debe interpretarse en el sentido de que, en un litigio como el del procedimiento principal, los términos «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» designan el lugar donde ha sobrevenido el perjuicio inicial a consecuencia de la utilización normal del producto para la finalidad a la que está destinado*”⁵⁸⁹. Consecuentemente, sólo entra en juego el artículo 5.3 del Reglamento si existen víctimas directas y daños inmediatos. Y esto es así porque el principio de proximidad razonable impone límites al artículo 5.3 que tienen que ver con el principio de previsibilidad (“podré ser demandado allí donde cause el daño”). Por tanto, van a responder los tribunales del lugar donde se cause el daño sólo respecto a víctimas directas y por daños inmediatos⁵⁹⁰. En lo que se refiere a cuál es la concreción

“*En el supuesto de que la demanda se fundara en un acto ilícito o en un acto equiparado al ilícito por el derecho del Estado de origen, si la acción hubiese ocurrido o el resultado se hubiera producido en dicho Estado de origen*”; y el art. 7.1.9 del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y la República de Austria, hecho en Viena el 17 febrero de 1984 con idéntico tenor literal. A propósito de estos dos convenios el análisis de la influencia de esta decisión del TJCE en estos textos internacionales *vid.* N. Bouza Vidal, “Aspectos de Derecho internacional privado en la protección del medio ambiente”, *Problemas internacionales del medio ambiente*, Barcelona, UAB, 1985, pp. 57-93, en esp. p. 82.

⁵⁸⁸ Por lo que se parte del principio de ubicuidad y en base a éste se desarrolla la jurisprudencia interpretativa del 5.3º.

⁵⁸⁹ Cf. STJCE de 16 de julio de 2009, dictada en el asunto C-189/08 (*Zuid-Chemie*).

⁵⁹⁰ Se ha planteado si puede el lugar donde el daño es descubierto establecerse como el lugar donde el daño ha ocurrido. Esta cuestión fue manifestada en la *R’union Eurep’eenne SA v Spliethoff Bevrachtungskantoor*, As. C51/97 (2000) QB 690, véase también la subsiguiente decisión de la Cour de

de ese lugar de origen y del lugar o lugares de materialización del daño en los supuestos de lesión a los derechos de la personalidad como ilícitos a distancia en el sistema RBI, ésta será analizada posteriormente a la luz de las más recientes sentencias del TJUE⁵⁹¹.

III.- Lesión de los derechos de la personalidad como ilícito a distancia

21. Con carácter previo, antes de entrar a analizar la cuestión de la concreción del *locus delicti* y *locus damni* en los ilícitos a distancia sobre derechos de la personalidad en el sistema RBI –según ha ido evolucionando el alcance de este criterio de competencia en función de la jurisprudencia del TJUE–, es necesario establecer si procede o no la aplicación de esta doctrina en la interpretación del art. 5.3º del CL para que, en su caso, todo lo referido le sea extensible. Los eventuales supuestos de dispersión del daño tampoco se resuelven de forma expresa en el CL. Y esto es así porque el texto del art. 5.3 del CL (versión 2007) es idéntico al del RBI. Precisamente esa identidad literal de los textos permitiría plantear tomar en consideración los mismos argumentos a los que acude el TJUE para resolver esta cuestión en el sistema RBI. En consecuencia, la interpretación de estos artículos para otorgar o quitar competencia a sus Estados miembros debería ser idéntica – con el objeto de que exista una verdadera coherencia entre estos dos instrumentos paralelos–.

No obstante, en particular para los supuestos de pluralidad de lugares del daño (resultado) por dispersión temporal, pueden encontrarse posturas nacionales que utilizan el propio tenor literal del texto para reconocer competencia al tribunal de las secuelas o de los daños posteriores utilizando para ello la doctrina prevista para los ilícitos a distancia: atribución alternativa de competencia entre el tribunal del acto (origen) y el del perjuicio (del daño) –con distinto alcance–. En este sentido se ha llegado a afirmar que los supuestos de daños indirectos y sobrevenidos son ejemplos de disociación espacial entre el acto y el daño, donde el lugar de resultado es aquél del daño indirecto o sobrevenido –en relación con la aplicación del CB⁵⁹²–. Ahora bien, no puede admitirse

Cassation (1999) II Pr 613. El Tribunal de Justicia resolvió que el lugar donde el demandante consigno como el lugar donde descubrió la existencia de los daños a los bienes despachados (Francia) no podría constituir el lugar del daño.

⁵⁹¹ Vid. *Infra* apartado IV.

⁵⁹² Esta postura era la mantenida por el Gobierno de los Países bajos en el asunto *Rüffer* (de 16 de diciembre de 1980, As. 814/79, Rec. 1980-8, pp. 3807 y ss.), al indicar que en estos supuestos no

esta tesis ya que la disociación espacial que está prevista -y así ha sido interpretada por el TJUE-, únicamente es aquella que existe desde el inicio y no puede extenderse a supuestos en los que la disociación es posterior (en el tiempo). Por lo que al igual que para el RBI, para el CL exclusivamente es admisible dicha atribución alternativa de competencia entre Estado de origen y de resultado para el caso de que esta disociación espacial sea de carácter inicial. En definitiva, la doctrina establecida por el TJUE para resolver los problemas de pluralidad de lugares del daño en el sistema RBI es plenamente aplicable para la interpretación y aplicación del art. 5.3 CL.

22. En cuanto a la eventual incidencia de la reciente doctrina *eDate Advertising* en la interpretación y aplicación del CL, es una cuestión que ha de abordarse desde una perspectiva histórica. La incorporación automática de la solución establecida en *Shevill* en la aplicación del CL (1988) planteaba ciertas reticencias que ahora se han superado al llegarse a la misma solución de competencia limitada deducida de los principios que inspiran el CL⁵⁹³. Estos principios son los mismos que los del sistema RBI: el principio de proximidad y el principio *favor laesi* (más ahora con la nueva versión 2007, al ser una de las partes contratantes la UE). Indudablemente esta Sentencia ha tenido incidencia desde el principio en la interpretación y aplicación del art. 5.3 CL por parte de los Estados miembros de la UE y contratantes del CL, que tendían a aplicarlo de igual forma que en el CB. Pero también es cierto que antes de la entrada en vigor del CL 1988 y de la sentencia *Shevill* hay jurisprudencia de países AELC que recogen soluciones del mismo tipo, lo que hizo más sencilla su incorporación vía convenio. En este sentido puede verse la sentencia de fecha 31 de mayo de 1994⁵⁹⁴ dictada por un tribunal noruego. En el asunto de referencia unos pescadores de focas noruegos demandaron a una televisión sueca por la emisión de un reportaje sobre los demandantes que consideraron que atentaban contra su intimidad. La competencia de los tribunales noruegos en el litigio se fundamentó en que la emisión podía ser captada desde Noruega, y precisamente el *Hoyesterat* declaró su competencia considerando que por este hecho en su país se había producido el daño⁵⁹⁵. En consecuencia, cabe afirmar

coinciden lugar del acto y perjuicio (p. 3816).

⁵⁹³ Y lo mismo cabe prever respecto de los nuevos criterios interpretativos del 5.3 para su adecuación al medio virtual establecidos por la sentencia *eDate Advertising*.

⁵⁹⁴ Sentencia *Hoyesterat*, Eur. Current Law, septiembre 1995, p 143.

⁵⁹⁵ Sentencia Tribunal Supremo Noruego, de 17 de octubre de 2001. Vid. G. P. Krog,

que los tribunales nacionales seguirán los criterios establecidos en *Shevill* para la aplicación del fuero especial de competencia del 5.3 CL.

1.- El lugar de origen y el lugar de resultado en la nueva era de las comunicaciones

23. La aplicación de la doctrina prevista por el TJUE para la operatividad del art. 5.3º puede resultar difícil cuando ni el lugar del origen ni el de resultado son, *a priori*, fácilmente determinables. Así ocurre cuando en la comisión del acto del que deriva la responsabilidad extracontractual intervienen los medios de difusión masivos, como en los supuestos de publicación y difusión de información ilícita en Internet⁵⁹⁶. La interpretación de este criterio de competencia resulta particularmente compleja en relación con los daños derivados de las informaciones colgadas/difundidas en la red.

Jurisdiction pursuant to the Lugano Convention art. 5.3 applied on defamatory statements in TV broadcasting”, *IPRax*, 2004, pp. 154-157).

⁵⁹⁶ Estos problemas no son exclusivos del sistema RBI sino que en aquellas jurisdicciones en las que en su sistema de fuente interna se ha optado por utilizar el mismo criterio de competencia se enfrentan al mismo problema. Las posibilidades interpretativas de este criterio pueden dar lugar a resultados muy dispares en función de la jurisdicción que valore este extremo, lo que no siempre es compartido por su doctrina. En este sentido, puede referirse la postura mantenida por Gaudemet-Tallon en relación con el tratamiento de la cuestión que ha hecho la jurisprudencia nacional francesa en la materia (*Vide*, notas a Sentencia del Tribunal de Grande Instance de París de 27 de abril de 1983, *asunto Carolina de Monaco c. Société Burda GmbH*; *Rev.cr.dr.int.pr.*, 1983-3, pp. 672-674, confirmada en apelación por las Sentencias de la Court d’appel de París (1re Ch., Sect. A) de 19 de marzo de 1984, y del Tribunal de Grande Instance de París de 30 de junio de 1984, *Rev.cr.dr.int.pr.* 1985, pp. 141-146). Para tal análisis parte del hecho de que tanto la edición como la distribución son actos autónomos (el primero de ámbito general y el segundo limitado), mientras que el lugar del perjuicio debe concretarse en el lugar donde está la persona lesionada en sus derechos, es decir, en su domicilio, pues es éste el lugar donde en realidad sufre la violación de sus derechos, donde desarrolla su personalidad, su intimidad, y donde goza de su buen nombre e imagen. Siguiendo esta tendencia el tribunal del domicilio del perjudicado sería competente para conocer de la totalidad de los perjuicios causados en todos los países. Partiendo de esta distinción –difusión como acto causal “secundario” y la edición como acto causal “primario” de alcance general-, se defiende la necesidad de reconocer el domicilio de la víctima como el lugar donde el perjuicio se sufre enteramente, por lo que la víctima en este territorio debe poder reclamar por la totalidad del daño sufrido. *Cf.* H. Gaudemet-Tallon, nota a la sentencia del Tribunal de *Grande Instance* de París de 30 de junio de 1984, *loc. cit.*, pp. 147-150, en esp. p. 147. Esta misma autora posteriormente en *Compétence et exécution des jugements en Europe: Règlement no 44/2001, Conventions de Bruxelles et Lugano*, París, 2002, 3a ed., pp. 1-516 (p. 178).

Puede resultar complicado determinar el lugar de origen del daño por su ubicuidad o por la propia descontextualización del mismo, aunque en principio este lugar se identificará con aquél donde se introduce y se pone a disposición la información en Internet. Lo mismo sucede en lo que concierne a la determinación del lugar donde se manifiesta el hecho dañoso cuando éste tiene lugar en el territorio de varios Estados. Con todo ello se hace necesario concretar específicamente este criterio territorial, pues estos medios son el marco habitual para las lesiones de los derechos de la personalidad -como se muestra con las reiteradas cuestiones prejudiciales planteadas y recientemente resueltas por el TJUE⁵⁹⁷-.

24. La falta de previsión *a priori* del lugar donde debe entenderse cometido el ilícito puede favorecer comportamientos fraudulentos por parte de aquellos que estén mejor informados, preparados y puedan aprovecharse de la “deslocalización” de tales actividades en la red en su beneficio, utilizando a su conveniencia dichos criterios. A esto ha de añadirse la consecuente, y nada deseable, falta de seguridad jurídica en este medio, con la correlativa desprotección de ciertos participantes del mismo. Y en sentido contrario, cabe una interpretación por los tribunales nacionales excesivamente amplia de criterio lugar del daño que permita una atribución de competencia judicial internacional extensa no lo suficientemente justificada. Como así ha ocurrido en varias sentencias francesas que se declaran competentes como *locus damni* por el mero hecho de que la *web* sea accesible desde su territorio, sin más requisitos de vinculación⁵⁹⁸. Es el caso -por ejemplo- del asunto *LICRA v. Yahoo*⁵⁹⁹. En el asunto de referencia el Tribunal

⁵⁹⁷ Vid. Cuestión prejudicial planteada por el TS alemán (*Bundesgerichtshof*) respecto de la interpretación del art. 5.3 RBI y art. 3 de la Directiva de comercio electrónico, en el asunto C-509/09 (*eDate Advertising GmbH/X.*). También, en el mismo sentido, puede referirse la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de *Grande Instance* de París el 6 de abril de 2010, en el asunto C-161/10 (*Olivier Martinez, Robert Martinez v. Société MGN Ltd*). Ambas cuestiones se han tramitado conjuntamente (por Auto de 29/10/2010), y han sido resueltas mediante Sentencia de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising*.

⁵⁹⁸ Lo que, por otro lado, se ha institucionalizado dentro del territorio comunitario con la sentencia *eDate Advertising*.

⁵⁹⁹ A modo de ejemplo, véase el asunto *Ligue contre le racisme et l'antisémitisme et Union des étudiants juifs de France (LICRA) c. Yahoo! Inc. et Societe Yahoo! France (LICRA v. Yahoo)*, Sentencia del tribunal de *Grande Instance* de París, Ordonnance de référé, de 22 mayo de 2000. El caso versa sobre la venta de objetos de vinculación Nazi mediante subasta por Internet y la determinación de las leyes

sentenció que existía suficiente vinculación con Francia para otorgar competencia para conocer de la reclamación contra la empresa estadounidense (por considerar la actuación de *Yahoo* contraria al artículo R645-1 del Código Penal Francés). Frente a la defensa esgrimida por el demandado: la falta de jurisdicción de los tribunales franceses para conocer del asunto por entender que la subasta se llevó a cabo bajo la jurisdicción estadounidense (al ser el lugar donde está establecido el operador: *Yahoo, Inc.*), el Alto Tribunal francés declaró su competencia atendiendo a determinados criterios como son: que la subasta de los objetos estaba abierta a licitadores de cualquier país incluyendo Francia y que la exposición de tales objetos, y la inspección de los mismos (*online*), también era posible en Francia. Además, la publicidad de dichas subastas estaba en lengua francesa. Estas razones también fueron referidas por el tribunal para la adopción de medidas contra *Yahoo! Inc.* Es más, el tribunal desestimó expresamente el recurso formulado por el demandado alegando problemas de reconocimiento y ejecución de la resolución en EEUU⁶⁰⁰.

La concreción del lugar del daño como aquél donde se realiza la descarga de la información para fundamentar la competencia judicial internacional también aparece en la práctica jurisprudencial de los Estados miembros -en aplicación del art. 5.3- aunque de una forma más limitada. Por ejemplo puede referirse, si bien en materia de infracción de derechos de marca por Internet, el asunto *Bonnier Media Ltd v Greg Lloyd Smith and Kestrel Trading Corp*⁶⁰¹. En este caso se concluyó que los tribunales escoceses tenían nacionales a Internet.

⁶⁰⁰ Separando radicalmente los sectores de competencia judicial internacional y reconocimiento, pues dictó medidas contra *Yahoo, Inc.* siendo plenamente consciente que aquellas probablemente nunca serían puestas en práctica, pues difícilmente serían reconocidas ni ejecutadas en EEUU. En este sentido, queda demostrado que la mera unificación de las normas de conflicto de jurisdicciones (dentro de la UE) no garantiza la continuidad y la estabilidad a través de las fronteras de las situaciones privadas internacionales. Vid. D. Moura Vicente, *Direito Internacional Privado, Ensaaios*, Vol. I. Coimbra, 2002, pp. 296-297, donde llega a esta conclusión tras hacer un análisis del caso *Yahoo*.

⁶⁰¹ Asunto *Bonnier Media Ltd v Greg Lloyd Smith and Kestrel Trading Corp* 2003 SC 36, (2002) ETMR 86. Véase también en la misma línea, *Re The Maritim Trademark* (case 4160294/00) (2003) IL Pr 297, *the Landgericht, Hamburg*; *Darkes v Cintee International Ltd* (2006) CSHI 30; *Thunken* (2002) 51 ICLQ 909; y entre la doctrina vid. J. Fawcett, P. Torremans, *Intellectual Property and Private International Law*, 2ª ed. Oxford, 2010, pp. 154-175. Sobre daños por Internet en general, vease asunto *Bigos* (2005) 54 ICLQ 585; y entre la doctrina, J. Fawcett, J. Harris, M. Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford, 2005, párrafos 10.137 al 10.161.

competencia para conocer sobre la base de art. 5.3 (CB) por ser el lugar de descarga. Si bien, aunque el ilícito estaba potencialmente cometido en todos los Estados en los que la *website* podría ser vista esto fue limitado por el tribunal al establecer que no habría jurisdicción en aquellos Estados donde el impacto de la pagina *web* podría ser insignificante -apreciación ésta o que no se ha previsto en *eDate Advertising*⁶⁰²-.

En definitiva, esta práctica jurisprudencial puede suponer el reconocimiento de una capacidad universal –y por tanto ilimitada- de los tribunales nacionales para decidir sobre casos de Internet, esto es, en todos aquellos supuestos en los que desde aquél país se tenga acceso a la información (a la *web*). Esto que desde el punto de vista del sistema autónomo podría no ser criticable, ya que cada Estado configura su régimen interno de competencia judicial internacional según sus propios principios y valores, pero no puede dejar de notarse si este es el resultado de la aplicación de una regla de competencia del régimen RBI/CL por el ya reiterado principio de proximidad que informa todo el sistema. Por ello, sería quizá adecuado que se reglamentaran criterios adicionales a la simple descarga o recepción del contenido cuando éste está disponible en la red, con el objetivo principal de garantizar el principio de proximidad y, consecuentemente, la necesaria previsibilidad de los fueros lo que conduce a la tan deseada seguridad jurídica para las partes.

25. También en relación a esto, aunque no sólo respecto de las lesiones de los derechos de la personalidad por publicación en el medio virtual sino también en medios impresos de comunicación, surgen cuestiones no resueltas en la aplicación de la doctrina *Shevill* respecto de la concreción del lugar del daño. En este sentido se ha llegado a plantear si los daños y perjuicios deberían ser determinados sobre la base de los ejemplares vendidos en cada país -y, correlativamente, de las descargas del contenido lesivo en la *web*-. Pero quizá esta cuestión es más evidente cuando el medio utilizado es Internet porque la difusión de la información vertida en la red puede ser universal -al ser potencialmente accesible desde cualquier parte del mundo-. En la red el lugar de resultado puede multiplicarse por todos los países que tienen acceso a Internet (y pueden acceder a la información). Esto es, el daño por publicación o difusión de un

⁶⁰² Aunque indirectamente con el reconocimiento de una competencia limitada a los daños en su jurisdicción esa falta de precisión podría entenderse suplida, ya que si no existen daños en su territorio -lo que justificaría esa conexión necesaria- no tendría nada que enjuiciar.

material lesivo es susceptible de producirse cada vez que un usuario se conecte desde cualquier parte del mundo, por lo que se estaría ante una lesión de los derechos de la personalidad potencialmente global -si es que no se establece más requisitos que la mera accesibilidad para concretar el lugar del daño-. Todo ello exige la adaptación de determinados planteamientos tradicionales relativos a la concreción de la jurisdicción estatal competente para conocer de los litigios verificados en la red. El objetivo es mitigar la inseguridad jurídica que en este ámbito existe por el extraordinario potencial de conflictos transfronterizos y, consecuentemente, el elevado coste de la litigación internacional -que conduce la admisión del criterio de accesibilidad como único o suficiente para reconocer competencia-. Y esta precisamente es la razón que ha motivado al TJUE a introducir ciertas modificaciones a su doctrina anterior (*Shevill*) cuando el medio utilizado es Internet.

26. En conclusión, en el contexto virtual el problema no es la determinación del lugar de resultado sino precisamente la multiplicidad de estos. Potencialmente todos los tribunales estatales de todos los Estados miembros donde el sujeto fuera conocido y la sea accesible, pueden ser competentes en virtud de este fuero, lo que claramente supone una falta de previsión para los posibles demandados, en particular cuando el titular del derecho es especialmente conocido⁶⁰³. Y dado que lo que justifica los fueros especiales es la “estrecha” conexión del tribunal del foro con el supuesto particular, para cumplir con el objetivo de la buena administración de justicia⁶⁰⁴, la simple accesibilidad debería ser descartada -sino se completa con otros criterios de conexión-. Obviamente no puede sostenerse que un supuesto esté en conexión con todo el mundo, porque elimina cualquier previsión por el presunto responsable a la hora de calcular los riesgos de un posible litigio en el extranjero. Esto en la práctica supone una posición de excesiva preeminencia para la víctima –desde el punto de vista de la determinación del foro

⁶⁰³ Lo que se traduce en una total ausencia de seguridad jurídica para el demandado, lo que resulta inadmisibles para cierta doctrina. Por ejemplo, entre otros, véase, P. Cerina, “Contraffazione di marchio sul World Wide Web e questioni di giurisdizione (comentario al caso “Blue note”, U.S. District Court di New York)”, en *Il Dir. Ind.*, 4-1997, pp. 299-304.

⁶⁰⁴ Difícilmente con una atomización excesiva de foros competentes, y en su caso, o en consecuencia, de Derechos aplicables se cumple con este objetivo. En este sentido el Abogado General Darmon alertaba sobre esta objeción en sus conclusiones presentadas en el asunto *Shevill* (§ 72).

competente⁶⁰⁵- y de desfavorecimiento para la parte demandada⁶⁰⁶, sin que exista proporción o equilibrio entre las partes; lo que vulneraría la tutela judicial efectiva y el derecho a un juez predeterminado por ley. Además, en el momento en el que la información se vierte en la red, el control que realiza el medio sobre la distribución y acceso de su medio se vuelve difuso y, en ocasiones, imposible⁶⁰⁷. Desde el momento en que un contenido se cuelga en Internet, los particulares se convierten directamente - voluntaria o involuntariamente- en distribuidores de la información, a través de muy diversos medios: redes sociales, comunicaciones electrónicas, enlaces, blogs, o cualquier otro medio que proporciona Internet⁶⁰⁸. En consecuencia, las técnicas de control y de medición del impacto informativo que pudieran resultar fiables para los medios de comunicación tradicionales, no lo son para Internet.

No significa que deba desconocerse el lugar de descarga o de acceso de los contenidos como el lugar de resultado del daño sino que puedan establecerse criterios adicionales que garanticen la suficiente vinculación con el supuesto, para que se justifique y se eviten resultados no deseados tanto para el demandante como para el

⁶⁰⁵ Pero también desde la perspectiva de la víctima su posición es más vulnerable cuando la lesión de sus derechos de la personalidad por publicaciones lesivas se hace a través de Internet. Esto se observa no en la fase procesal sino en el momento de resolver sobre el fondo del asunto o, en su caso, a la hora de plantear el posible reconocimiento y ejecución de la eventual sentencia que recaiga. Dado el carácter universal de la publicación nos encontramos con una multiplicidad de regímenes aplicables, pues la dispersión territorial justifica que coexistan diferentes ordenamientos jurídicos nacionales (y, con ellos, otras tantas jurisdicciones competentes para conocer del litigio). El titular del derecho de la personalidad afectado puede ser víctima de graves lesiones a sus derechos de conformidad con ciertos ordenamientos, pero no así según otros sistemas en presencia, por lo que su tutela jurídica -dada esa atomización e inseguridad jurídica- se ve disminuida. Además, el alcance universal de la información contribuye a que la lesión sea potencialmente más grave que la sufrida a través un medio tradicional.

⁶⁰⁶ Como consecuencia directa de la sobre exposición a la que quedan sometidos los medios de comunicación ante un escenario excesivo de litigación.

⁶⁰⁷ Incluso cuando la información esté restringida a través de accesos de pago, en ocasiones limitados territorialmente, encuentran serias dificultades para impedir la distribución masiva de la información.

⁶⁰⁸ Y así lo destaca el *Bundesgerichtshof* en su auto de planteamiento en el asunto C-509/09, al indicar que Internet no distribuye la información, sino que simplemente la hace accesible. Son los usuarios de Internet quienes se convierten, voluntaria o involuntariamente, en distribuidores.

demandado⁶⁰⁹. En caso contrario, la accesibilidad de la información como criterio de conexión con el foro conduciría irremediablemente aun *forum Shopping* insostenible para cualquier medio que operara en la red⁶¹⁰. Y es precisamente esto lo que por vía de cuestión prejudicial se planteó en los asuntos acumulados *eDate* y *Martinez*, con el objeto de delimitar el contenido del término “daño” en los ilícitos verificados en la red - y siguiendo con la doctrina anterior, el sentido que debe darse a los efectos sustanciales del daño, lo que ha tenido como resultado una resolución en la que únicamente la accesibilidad otorga competencia aunque limitada a los Estados miembros-.

2.- Concreción del lugar de origen: el establecimiento del editor

A) Vigencia del criterio

27. En los supuestos de lesión de los derechos de la personalidad derivada de la publicación y difusión de informaciones controvertidas por los medios de comunicación, el TJUE ha concretado el lugar de origen del daño en el establecimiento del editor del medio (§ 32, *Shevill*). En la mayoría de los casos, al establecer que el lugar de origen del daño es el lugar del establecimiento del editor de la publicación controvertida en vez del lugar de edición o de la publicación⁶¹¹, el lugar de origen

⁶⁰⁹ Esto es, el exceso de jurisdicciones posiblemente competentes a los que tendría que enfrentarse el demandado así como la gravedad de las posibles lesiones a los derechos de la personalidad y la inseguridad jurídica que ofrece su tutela por la fragmentación de ordenamientos jurídicos aplicables de conformidad con el principio del mosaico. Sobre la desprotección de la víctima como consecuencia de este principio, antes de *Shevill*, entre otros, *vid.* H. Gaudemet-Tallon, Notas a la Sentencia TGI de París de 29 septiembre de 1982 y Sentencia TGI de París de 27 de abril de 1983, (*asunto Carolina de Monaco c. Societé Burda GmbH*), *loc. cit.*, p. 674. Con posterioridad a *Shevill*, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, *ob. cit.*, p. 501.

⁶¹⁰ En este sentido, *vide* P. De Miguel Asensio, *Derecho Privado...*, *ob. cit.*, pp. 295- 296, sustentando su postura en F. Dessemontet, “Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé”, en Boele-Woelki, K., y Kessedjan, C. (eds.), *Internet: Which Court Decides?...*, *ob. cit.*, pp. 47-64, en esp. p. 63.

⁶¹¹ En caso de que el medio utilizado para cometer el daño fuera Internet podría no diferenciarse entre el lugar de publicación y el lugar del daño, ya que hay sectores que consideran que es el mismo sitio: allí donde se descarga la información lesiva y el lector comprende la información. *Vid.* T. Pavelka, “The concept of “directed website” –a jurisdictional phenomenon clarified? Cross-border consumer and tort victim protection in light of recent ECJ jurisprudence”, *Elsa Malta L. Rev.*, Edition I, 2011, pp. 166-176, en esp. pp. 170 -171 y G. Smith, “Here, There or Everywhere? Cross-border Liability on the

coincidirá con el foro general del domicilio del demandado, en cuyo caso la especialidad de la norma cede necesariamente a favor de la regla general (art. 2 RBI). Ahora bien, aunque recientemente el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en particular sobre la interpretación del 5.3 para los ilícitos contra los derechos de la personalidad cometidos en el medio virtual (sentencia *eDate Advertising*), la operatividad de este fuero en los términos expresados en *Shevill* se da por supuesta y se mantiene en la actualidad como una de las posibilidades con las que cuenta la víctima de este tipo de lesiones (como así se desprende de las Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón presentadas para los asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10⁶¹², y se ratifica por el Tribunal de Justicia en la sentencia *eDate Advertising* que resuelve estas cuestiones). Tanto en las Conclusiones como en la referida sentencia, claramente se establece como foros diferenciados con competencia universal para conocer de la totalidad de los daños, el domicilio del demandado y el establecimiento del editor (§§ 36-38 y 67 primer inciso de las Conclusiones, ap.43 de la sentencia *eDate Advertising*); de tal manera que la víctima podrá fundamentar la competencia del tribunal miembro donde ejercita su acción en cualquiera de esos dos territorios -aunque en la práctica suelen coincidir- para resolver sobre la totalidad de los daños y perjuicios sufridos por la publicación y difusión de la información.

28. En función de la doctrina del Tribunal de Justicia, el principio de competencia limitada en estos casos se traduce en la práctica en la necesaria distinción entre el lugar de edición (que para los medios tradicionales será el del establecimiento del editor, y en Internet el del establecimiento del emisor de los contenidos⁶¹³) o el lugar donde el daño se materializa: el lugar/es de la difusión (lo que en el medio virtual se identifica con el acceso al contenido controvertido). En este sentido, los tribunales del

Internet”, *CTLR*, vol. 13, nº 2, 2007, pp. 41-51, en esp. p. 47.

⁶¹² Conclusiones presentadas el 29 de marzo de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10 (*loc. cit.*).

⁶¹³ Si el acto que origina la lesión - por la publicación y difusión- es la introducción y puesta en circulación de la información o material lesivo en la red, el lugar de origen debe ser aquél donde el autor o sin ser el autor la introduce en Internet -la cuela- (*vid.* O. Bigos, “Jurisdiction over the Cross-Border Wrongs on the Internet”, *ICLQ*, vol. 54, Julio 2005, pp. 585-620, en esp. p. 606.)- es decir, quien controla la información y decide su difusión en la red con independencia de la ubicación del servidor- (*cf.* P. A. De Miguel Asensio, *Derecho privado...*, *ob. cit.*, pp. 187-188.), lo que se equipara a la publicación en los medios tradicionales de comunicación.

lugar de la edición tendrán una competencia general que abarca la totalidad de los daños causados y el tribunal del lugar de difusión/acceso—en cuanto lugar de realización del daño—, sólo será competente para conocer de los daños producidos en su territorio. Ahora bien, la localización de uno y otros criterios de competencia (ilimitada los primeros y limitadas los segundos) no resulta siempre sencilla. Al margen de los problemas prácticos que esta interpretación del criterio lugar del daño puede generar, no siempre es posible admitir como absolutas las correspondencias edición/acto causal, difusión/realización del perjuicio en todos los supuestos que puedan verificarse en la práctica (iniciada en *Shevill* y que se mantiene con la sentencia *eDate adevertising*).

B) Problemas de concreción: dispersión del lugar de origen

29. En primer lugar, antes de abordar los problemas particulares que plantea la localización del lugar del daño en el lugar del establecimiento del editor/emisor de contenidos en los supuestos de publicación de materiales lesivos de los derechos de la personalidad necesario indicar los problemas que la concreción del lugar de origen puede plantear en estos casos con carácter general. Los principales problemas que en la práctica puede plantear la concreción del lugar de origen son la pluralidad o dispersión de aquél o su verificación fuera de la jurisdicción estatal. No obstante, estos problemas no son particulares de los litigios sobre lesiones a los derechos de la personalidad, pero aun así es necesario abordar estas cuestiones para dar una visión completa de la problemática que en el sector de la competencia judicial internacional puede producirse a la hora de aplicar este fuero especial.

Cabe, en primer lugar, que el comportamiento generador del daño se sitúe en más de un Estado, lo que repercute en su concreción y, consecuentemente, en la determinación de la competencia judicial internacional con base en el art. 5.3. En esos supuestos, la concreción de ese lugar muestra singularidades propias, ahora bien, es posible establecer ciertos paralelismos con los supuestos en los que la pluralidad se da respecto del lugar del daño. Cuando la dispersión del acto causal es temporal el paralelismo se da en relación con los supuestos de daños prolongados. En estos casos, ante la diversidad de lugares donde se ha llevado a cabo el daño habría que precisar el tribunal competente de entre todos ellos. Realmente en materia de daños a los derechos de la personalidad cabe pensar que no serán frecuentes, pero se pueden ver facilitados

por lo sencillo que resulta la rápida deslocalización de las actividades desarrolladas a través de Internet.

30. La pluralidad de lugares del acto típicamente viene producida por la disociación espacial de éstos. Y esto sucede cuando se utilizan para elaborar y difundir la información medios situados en varios países y también cuando existen varios autores que cometen el daño, siempre que no exista entre ellos una relación de dependencia y contribuyan a la lesión del derecho desde distintos Estados. Es difícil imaginar un ejemplo de estas características en el ámbito de los derechos de la personalidad, por ejemplo una difamación cometida por varios autores, pues por lo general cada uno de ellos será autor y responsable de sus propias manifestaciones. Ahora bien, no por ello resulta imposible, pues éste sería caso de la elaboración por varios autores de una definición controvertida en una enciclopedia en línea creada por decenas de miles de personas en todo el mundo.

En aquellos casos en los que sea de aplicación la regla de la solidaridad a los distintos intervinientes en la comisión del ilícito tampoco es sencilla la cuestión⁶¹⁴ por varios motivos. En primer lugar, en algunos supuestos entre los intervinientes no existe una verdadera relación de dependencia, sino más bien de previa supervisión o asentimiento (tácito o expreso). En segundo lugar, por lo general la localización espacial de todos ellos suele coincidir en un mismo territorio nacional, por lo que serán supuestos de tráfico interno. Y por último, aunque la responsabilidad que pueda resultar exigible sea solidaria, esto es, al mismo nivel para todos, se plantearía la cuestión de si podría considerarse la participación de aquellos sujetos como de coautoría o de simple cooperación “necesaria” para la comisión del ilícito. En cualquier caso, la cuestión de la responsabilidad concreta de los sujetos participantes en la difusión o publicación de la información lesiva –con independencia del medio de difusión utilizado- no se puede determinar en sede de competencia sino que ésta se concreta en función del Derecho material que resulte aplicable. Ante un hipotético supuesto de una coautoría plurilocalizada sería necesario determinar si el *forum delicti* permite plantear la demanda ante cualquiera de los tribunales del lugar donde alguno de los coautores ha

⁶¹⁴ Como por ejemplo la regla de responsabilidad solidaria que prevé la Ley de Prensa para autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, por los daños producidos como consecuencia de las actividades de los medios informativos (art. 65.2)

actuado y si este tribunal tiene competencia para conocer de la responsabilidad de todos ellos (al margen del posible recurso al fuero general del domicilio del demandado y del fuero de la pluralidad de demandados del art. 6.1 RBI). El principio de proximidad y la existencia de responsabilidades separadas –salvo que resulte de aplicación la regla de responsabilidad solidaria- conducen necesariamente a concluir que cada uno de los tribunales del lugar del acto únicamente podría conocer de la responsabilidad de la persona que ha cometido el acto en su territorio⁶¹⁵. En consecuencia, si se quiere concentrar todas las acciones la víctima podrá o acudir al tribunal del lugar del daño, si es que es único, o en caso de que fuera posible, acudir a las normas sobre pluralidad de demandados.

Para finalizar con esta cuestión, al menos hay que indicar que la pluralidad de lugares del evento también puede deberse a la realización en distintos países de diferentes actos sucesivos o en cadena que participan y conforman el origen del daño. No obstante, para los casos de lesiones a los derechos de la personalidad no parece que sea plausible un supuesto en estos términos⁶¹⁶. De tal forma que esta cuestión no será objeto de análisis en el presente trabajo por carecer de relevancia en la materia.

31. El último de los problemas que pueden surgir en la aplicación de este fuero – con independencia de la materia-, es la realización del ilícito fuera de la jurisdicción de cualquier Estado. En estos casos el problema no reside en la concreción del lugar del hecho dañoso -que puede ser perfectamente conocido-, sino en que la conexión “lugar del ilícito” no es operativa⁶¹⁷. Ejemplos particulares de estos supuestos podrían ser la emisión de señales de radio o televisión por satélite desde una plataforma sita en alta mar de contenidos o informaciones lesivas. Para este tipo de casos se plantea la

⁶¹⁵ Esta es la solución que se ha mantenido si bien en sede de Derecho aplicable ante este mismo problema. Entre otros, *vide* P. M. Patocchi, “L’acte illicite et l’enrichissement illégitime dans le nouveau droit international privé suisse”, en P. M. Patocchi, A. C. Imhoff-Scheier, *Torts and Unjust Enrichment in the New Swiss Conflict of Laws*, Zurich, 1990, p. 28.

⁶¹⁶ No así en otros ámbitos de responsabilidad extracontractual en los que sí puede darse esta pluralidad, como por ejemplo los daños por contaminación causados por grupos de sociedades internacionales. Sobre el planteamiento de la cuestión y las posibles soluciones en este ámbito, *vide*, A. Crespo Hernández, *La responsabilidad civil ...*, *ob. cit.*, pp. 152-154.

⁶¹⁷ En palabras de P. Bourel deviene impracticable. *Cf. Les conflicts de lois...*, *ob. cit.*, pp. 91-92.

posibilidad de sustituir la competencia del tribunal del lugar de origen por la de otro tribunal (de forma análoga a lo que ocurre en estos supuestos en el sector de Derecho aplicable), que se traduce en la aplicación de la ley del Estado del pabellón del buque o aeronave o la ley del foro cuando la norma de conflicto *lex loci delicti commissi* no designa una legislación nacional. Ahora bien, puede cuestionarse si resulta adecuada la aplicación de esta solución al sector de competencia judicial internacional.

En tanto que esta posibilidad no está prevista en el régimen aplicable (ni RBI ni CL lo prevén, e igualmente la LOPJ nada dice al respecto) debería negarse esta respuesta. Esta solución resulta adecuada en Derecho aplicable, pues si la regla *lex loci delicti commissi* no puede operar es necesario que se concrete en cualquier caso un ordenamiento aplicable para poder resolver el litigio⁶¹⁸. Esto no es así en el sector de competencia judicial internacional, no cabe ninguna sustitución porque no es necesaria, ese problema no se plantea dado que el demandante puede optar entre distintos tribunales al existir fueros alternativos (el del domicilio del demandado, el del acto o el del daño). Cualquier otra interpretación del sistema de competencia supondría un gravamen injustificado para el demandado toda vez que podría ser juzgado en un tribunal no previsto en los instrumentos aplicables⁶¹⁹. Y esta solución es la que parece que se deduce de la jurisprudencia del TJUE aunque no se haya abordado la cuestión más que de forma indirecta⁶²⁰. En consecuencia, en el supuesto caso de que el daño se verificara fuera de la jurisdicción nacional este criterio de competencia devendría impracticable y, por lo tanto, quedaría inoperativo, debiendo entonces el demandante optar entre el resto de fueros posibles de los que dispone (fueros generales y lugar del

⁶¹⁸ Ya que una vez reconocida su competencia el tribunal del foro necesariamente debe resolver sobre el asunto.

⁶¹⁹ Esto es así incluso, o más, cuando resulte de aplicación la LOPJ, debido a al principio de juez predeterminado por ley que se deduce directamente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, que obliga la exclusión de lagunas legales que conducen a interpretaciones jurisprudenciales *ad hoc* (cf. A.M. Amores Conradi, “La nueva estructura...”, *loc. cit.*, p. 117)

⁶²⁰ Al respecto puede verse la Sentencia *Six Constructions*. De esta decisión lo que puede deducirse es que no puede operar la sustitución de un fuero de competencia establecido en el CB por otro no previsto en él, y en todo caso siempre puede recurrirse al fuero general del domicilio del demandado. Sentencia de 15 de febrero de 1989, (As. 32/88, *Six Constructions Ltd. c. Paul Humbert*), Rec., pp. 341-366, *Journ. dr. int.* 1989-2, nota de A. Huet (pp. 461-465).

daño).

C) Adaptación al medio virtual: emisor de contenidos

32. Hay que tener en consideración que la previsión que realiza el TJUE en el asunto *Shevill* se limita únicamente al los hechos y circunstancias concretos del caso en cuestión, donde el lugar de publicación del periódico y el establecimiento del editor coinciden, determinando meridianamente este lugar como el del origen del hecho causal de los daños que se materialicen, pero no se plantea, y por lo tanto no da solución o regla interpretativa, para los asuntos en los que no se dé tal coincidencia. En este sentido la doctrina *Shevill* puede resultar limitada, en particular cuando el medio de difusión utilizado sea distinto al previsto, y es precisamente esta situación la que ha motivado la adecuación de la doctrina *Shevill* al medio virtual por el Tribunal de Justicia a través de la sentencia *eDate Advertising*.

Los problemas de aplicación del 5.3 RBI en los litigios generados en el ámbito de la sociedad de la información se deben fundamentalmente al diseño estrictamente territorial de los criterios de competencia establecidos. No cabría la aplicación automática de la doctrina *Shevill* porque el contexto virtual es completamente distinto al previsto para aquella por varios motivos. En primer lugar, la legitimación pasiva⁶²¹ puede depender de la eventual responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, y ésta se establece de forma diferenciada a la de los responsables de los medios tradicionales de difusión, y dependiendo del resultado de esta operación el lugar de origen podrá ser uno u otro. En principio, los prestadores de servicios gozan de una exención general de responsabilidad -por su carácter de intermediarios- por lo que sus actos no serán considerados como ilícitos, de tal manera que (salvo aquellos supuestos en los que no estén cubiertos por dicha exención) éstos no se tendrán en consideración para la determinación del *locus delicti*⁶²². Así, el lugar de origen del daño es el lugar desde el cual quien controla los datos o la información

⁶²¹ Contra quién se va a dirigir la acción que se ejercita por considerar que se trata de una actividad ilícita.

⁶²² Salvo que la acción que se ejercita son de medidas de cesación o prohibición contra los prestadores de servicios, donde sí ostentarán la legitimación pasiva y como tales la información sobre los mismos condicionará los fueros aplicables.

realiza la actividad precisa para su introducción en la red (la cuelga), por lo que el lugar de ubicación del servidor es irrelevante -aunque sí puede serlo a efectos de adopción de medidas de cesación: cautelares o de fondo-.

En segundo lugar, la concreción del lugar de origen en el lugar del establecimiento del editor, podría quedar inoperativa en ciertos supuestos en general, pero en particular en el ámbito de Internet. Esto ocurriría cuando no fuera posible identificar al editor del medio; pero también, en particular, cuando no pudiera apreciarse que exista un editor de la información en sentido estricto del término. Este último supuesto es el que ocurre cuando la información lesiva está colgada en la red. En ese contexto, se podría cuestionar quién es el editor de esta información, o si es realmente un editor –si puede considerarse como tal-, o si simplemente se trata del autor material de la información (por ejemplo de declaraciones o comentarios difamantes recogidos en un *blog*, en redes sociales, etc.), o se limita a difundir en la red como particular una información potencialmente lesiva. Es decir, en estos casos habría que considerar que no hay editor de la información o contenido por lo que la víctima no tendría opción de acudir al lugar de origen, sino únicamente podría acudir a los distintos lugares del daño con competencia limitada o bien, si quiere litigar por la totalidad de los daños, tendría que conformarse con demandar en el domicilio general del demandado (autor material o persona que difunde conscientemente la información). Para evitar estas situaciones el TJUE ha eliminado en la sentencia *eDate Advertising* la referencia a la figura del editor en el contexto de Internet -para mantener las opciones de la víctima con competencia ilimitada-, sustituyéndola por la del emisor de contenidos. Si el acto que origina la lesión es la puesta en circulación de información o material lesivo en la red, el lugar de origen será aquel donde el emisor del material tenga su establecimiento (ya sea el autor o sin serlo la introduce en Internet -la cuelga-), lo que se equipararía a la publicación en los medios tradicionales de comunicación.

33. El medio virtual sigue generando dudas a la hora de aplicar el criterio de conexión del art. 5.3 RBI. En consecuencia, el TJUE debe ir concretando e interpretando este criterio en función de las cuestiones que al respecto le van planteando. Muestra de ello es la reciente sentencia de 19 de abril de 2012, en el asunto *Wintersteiger AG (loc. cit.)*, para resolver sobre la cuestión prejudicial planteada –en interpretación del art. 5.3- sobre la determinación del lugar donde se hubiere producido

o pudiere producirse el hecho dañoso en un supuesto en el que se produce una lesión a un DPI (marca nacional) registrado en un Estado miembro, como consecuencia del uso por un anunciante, de una palabra clave idéntica a dicha marca en el sitio de Internet de un motor de búsqueda que opera bajo un dominio nacional de primer nivel de otro Estado miembro. El Tribunal de Justicia partiendo de la distinción entre lugar del daño y lugar de origen establecida en *Shevill* y posteriormente confirmada en *eDate Advertising* para el medio virtual –con distinto alcance de la competencia- establece que “procede considerar como hecho causal no la exhibición de la publicidad en sí misma, sino el desencadenamiento, por el anunciante, del proceso técnico de exhibición, con arreglo a parámetros predeterminados, del anuncio que éste creó para su propia comunicación comercial” (ap. 34), de tal manera que en este caso el art. 5.3 debe interpretarse en el sentido que el litigio puede someterse bien a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se encuentra registrada la marca, bien a los del Estado miembro del lugar de establecimiento del anunciante (como lugar de origen con competencia ilimitada). De esta forma, el TJUE para localizar el lugar de origen del daño por difusión de la información lesiva en Internet partiendo de las exigencias de previsibilidad considera que es posible prescindir de la ubicación de los elementos técnicos relevantes (toda vez que puede ser desconocida su ubicación, por ejemplo de los servidores utilizados para la difusión de la información –en el litigio principal los del buscador Google-) y es por ello que establece la localización del lugar de origen en el lugar cierto e identificable donde el presunto responsable decide la puesta en marcha de la actividad de difusión de información que constituye la presunta infracción –la exhibición del anuncio- lo que en el asunto principal le lleva al Tribunal a fijar ese lugar allí donde el anunciante tiene su establecimiento (el presunto infractor).

34. Cuando las intromisiones en los derechos de la personalidad se producen en el contexto virtual, para aplicar el criterio de competencia del art. 5.3 hay que ajustar tanto el lugar de origen como el del daño -lo que puede verse en la fundamentación utilizada por el TJUE en la sentencia *eDate Advertising*-. En lo que respecta al lugar de origen, éste sería aquél donde se realiza la introducción del contenido ilícito en la red (es decir, donde se cuelga), que no debe confundirse con el lugar donde radica el servidor que aloja la página *web*⁶²³; y es por ello por lo que el Tribunal de Justicia ha

⁶²³ Vide, P. A. de Miguel Asensio, *Derecho privado...*, ob. cit., pp. 188-189.

optado por localizar éste allí donde tenga su establecimiento el emisor de contenidos. La determinación del país de carga o introducción de los datos o informaciones ilícitas en Internet puede resultar difícil o imposible; y con ello, la precisión del país del hecho causal para presentar demanda puede resultar más que complicada para la víctima. Para ayudar a la localización del lugar de origen en estos casos, se han planteado varias posibilidades. En primer lugar, se ha propuesto identificar el país del hecho causal o de origen con el lugar donde se ha producido la creación de la página *web* en la que se alojan los datos controvertidos o con el país del domicilio del presunto responsable. Esta aproximación generalmente lleva a atribuir competencia a los tribunales del domicilio del demandado –lo mismo que ocurre en la generalidad de supuestos con el lugar del establecimiento del editor como lugar de origen–, en cuyo caso, al estar previsto por el fuero general del domicilio del demandado, la competencia vendría establecida en función del art. 2 y no del art. 5.3 RBI. Ahora bien, es posible que el país de creación de la página *web* sea distinto del domicilio del demandado, esto supondría una verdadera opción para la víctima, pues tendría un foro más donde litigar entre los posibles a elegir⁶²⁴. En segundo lugar, para el supuesto de que la información controvertida fue introducida en la red desde un lugar no sujeto a soberanía estatal (al igual que ocurre con las emisiones radiofónicas o de televisión desde aguas internacionales, desde el espacio exterior vía satélite, el espacio aéreo internacional, etc.), podría recurrirse a la ficción de que el hecho causal tuvo lugar en el lugar de abanderamiento, matrícula o registro del buque o aeronave mediante una interpretación por analogía del art. 11 Cc., lo que debe ser sin duda rechazado ya que en ningún caso puede ser utilizado el Cc para interpretar el art. 5.3 RBI⁶²⁵.

35. La concreción del criterio lugar de origen derivada de la doctrina del Tribunal de Justicia -tanto en *Shevill* como en *eDate Advertising*- para la atribución de

⁶²⁴ Cuando esta distinción no se da, por cierta doctrina se ha postulado directamente eliminar este fuero por no poder operar, dejando a salvo el lugar de resultado. En este sentido, *vid.*, A. L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción...*, *ob. cit.*, p. 111. Postura esta que no se comparte por las mismas razones por las que se mantiene el lugar del establecimiento del editor como lugar de origen aunque en la mayoría de las ocasiones éste coincida con el domicilio del demandado.

⁶²⁵ Aquí hay que remitirse a las críticas ya referidas respecto de la aplicación de esta solución de Derecho aplicable al sector de competencia judicial internacional cuando el hecho causal se verifica fuera de la soberanía estatal.

competencia ilimitada a los tribunales de los Estados miembros en este tipo de litigios, puede plantear ciertos problemas prácticos (algunos de ellos específicos de la materia y otros que pueden referirse a otros ámbitos). El criterio establecido en *Shevill* para localizar el lugar de origen –establecimiento del editor, y paralelamente el del establecimiento del emisor de contenidos, en *eDate Advertising*- deja sin resolver varios problemas prácticos, como por ejemplo: lo qué ocurre si el editor/emisor tiene varios establecimientos –lo que no es exclusivo de esta materia⁶²⁶-, qué debería entenderse por establecimiento, o si merecen un tratamiento diferenciado -y en ese caso cuál sería- aquellos supuestos en los que el lugar de edición y el del establecimiento del editor/emisor son distintos. En esta última hipótesis se podría plantear que si no coinciden en el mismo lugar el establecimiento del editor/emisor y la edición/publicación del periódico -o en caso de Internet, de la publicación o subida a la red de la información controvertida-, pero sí el lugar de establecimiento del editor/emisor con el del demandado, la víctima pudiera optar por demandar en este último lugar por la totalidad de los daños sufridos (sobre la base del art. 2 RBI), o bien ante el lugar de edición o publicación del periódico (o desde dónde la información fue colgada en la red) igualmente con competencia ilimitada, entendiéndose que éste sería el lugar donde se verifica el hecho causante del que se derivan los daños (es decir, el verdadero *locus delicti*). Sólo en caso de aceptar esta interpretación – que la doctrina *Shevill* no excluye y tampoco *eDate Advertising*- cabría afirmar la existencia de una verdadera opción para el demandante con plenas garantías (si es que es lo que se busca). Pues de otro modo la competencia judicial internacional se limitaría bien al Estado miembro del lugar del establecimiento del editor/emisor de contenidos (que por lo general coincidirá con el domicilio del demandado, aplicándose entonces la norma de competencia general del art. 2 RBI), o bien al lugar/es de difusión/acceso al material colgado (art. 5.3, pero con competencia limitada como lugar del daño).

3.- Concreción del lugar de resultado

A) Lugar de difusión del contenido

36. En los supuestos de daños a derechos de la personalidad por publicación de

⁶²⁶ Como sucede en otros ámbitos, el primer paso debe ser concretar el específico establecimiento en el marco de cuyas actividades se difunde la información lesiva.

informaciones lesivas, se entiende que la difusión es la materialización del perjuicio siempre y cuando en aquél lugar donde el contenido se ha difundido concurren los intereses protegidos por el derecho de la personalidad en cuestión. Con la doctrina establecida en el asunto *Shevill* se reduce el alcance de la norma *locus damni* estableciendo que el daño sólo se entenderá producido en aquel/los países donde se verifique un perjuicio para el derecho presuntamente lesionado -que en caso de lesión de derechos de la personalidad será allí donde el sujeto sea conocido (*Shevill*, § 62⁶²⁷). En los supuestos de libelo internacional por publicación de información a través de prensa o cualquier otro medio de difusión el daño es al honor, la reputación y al buen nombre de la persona, y éste ocurre en los lugares donde la publicación es distribuida y la víctima es conocida⁶²⁸. Ahora bien, esta afirmación debe ser precisada cuando el daño a tales derechos es consecuencia de actividades desarrolladas en Internet (publicación y difusión de contenidos o informaciones lesivas). Cuando el daño está en relación con la reputación del perjudicado es necesario localizar esa reputación –en un Estado-. Y esa reputación no se debe localizar en el lugar de publicación del contenido controvertido –el cual se califica como el lugar donde el daño se ha materializado y que en caso del medio virtual puede ser cualquier parte del mundo⁶²⁹- sino en el lugar donde

⁶²⁷ Si bien, en la sentencia *eDate Advertising* al establecer como posibles lugares del daño todas aquellas jurisdicciones desde las que se puede o pudo acceder al contenido lesivo - igualmente con competencia limitada- no se hace referencia a este requisito: concurrencia del interés supuestamente lesionado para que realmente sea un lugar del daño. No se exige ninguna otra conexión adicional al margen de la accesibilidad del contenido desde aquella jurisdicción, por lo que en este sentido es merecedora de justificadas críticas.

⁶²⁸ Esta doctrina ha tenido su reflejo directo en la jurisprudencia nacional. Por ejemplo, la SAP de las Palmas, Secc. 3ª, 20-01-2004 establece en este sentido: “(...) podrá concretarse el lugar de producción del daño allí donde el afectado tenga su domicilio y desarrolle su vida de relación social, pues es aquí donde la sociedad le atribuye su relación o fama.” *AEDIPr*, 2005, con Nota de A. Hernández Rodríguez, pp. 641-650.

⁶²⁹ Pues en caso contrario se estaría fomentando el *forum shopping*, y desvirtuando la necesaria conexión de la regla especial de competencia del 5.3 RBI. *Vid.* O Bigos, “Jurisdictional Discretion in Defamation on the Internet”, 2005, part. II, *LMCLQ*, pp.129-135. En este artículo se analiza el amplio margen de discrecionalidad a la hora de reconocerse competencia los tribunales nacionales –como lugar del daño- cuando se trata de supuestos de difamaciones en la red, por esa publicación global de los contenidos controvertidos. Y esta discrecionalidad podría conducir en la práctica que este criterio sea un *forum (non) conveniens*. Este análisis se hace a partir de una sentencia inglesa asunto *King v. Lewis* [2004] EWCA Civ 1329, donde los tribunales británicos conocen de una acción de difamación presentada por un

supuestamente la reputación de la víctima ha sido arruinada. Ahora bien, cuando se trata de otros medios de comunicación o difusión del contenido lesivo la cuestión puede variar, pudiendo coincidir en el mismo lugar estos extremos (publicación y reputación del perjudicado, siendo entonces el efectivo lugar del daño). Es el caso por ejemplo de una carta difamante enviada a destinatarios individuales, en estos casos el lugar donde la carta se recibe y es leída por el destinatario coincidirá típicamente con el lugar de la reputación de la víctima⁶³⁰. Y esto traducido al medio virtual debe interpretarse en el sentido de que una publicación en este medio causa daño a la reputación de la víctima donde ese contenido es visto, oído o leído (según supuestos) si la víctima allí tiene una reputación susceptible de tutela. Allí donde la víctima tenga su buen nombre y consideración será donde pueda sufrir perjuicios en su reputación⁶³¹ -lo que típicamente coincidirá con el Estado de su domicilio o residencia habitual, aunque puede que no sea así-.

37. La solución prevista en *Shevill* no es original, pues ya fue recogida con anterioridad por diversa jurisprudencia nacional en casos similares. En particular, se puede referir distinta jurisprudencia donde se concreta la conexión del art. 5.3 CB en litigios sobre lesiones a derechos de la personalidad por publicación. Por ejemplo, el *Tribunal de Grande Instance de París*, en sentencias de 29 de septiembre de 1982 y de 27 de abril de 1983, en aplicación del fuero del 5.3 CB señalaba que en virtud de este precepto tanto la edición como la distribución son actos generadores de responsabilidad civil, aunque “es la difusión el acto esencial de realización del daño”. No obstante, limitaba la extensión de la competencia según sea lugar de origen o del daño. Así, el lugar de edición atribuye a sus tribunales la competencia para conocer de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados con independencia del país donde se hayan materializado (así como su número)⁶³², mientras que el lugar/es de difusión únicamente

boxeador estadounidense (residente en Florida) contra dos demandados estadounidenses (con residencias en N. York y Nevada, respectivamente) por unos contenidos publicados en una página *web* a la que se podía acceder desde Reino Unido, y debido a que el Derecho inglés trata cada publicación como un daño (*tort*); lo que pone de manifiesto –una vez más– la importancia de la elección del foro.

⁶³⁰ Vid. P. Mankowski, “Sección 2, Special Jurisdictions...”, *loc. cit.*, p. 261.

⁶³¹ Véase la jurisprudencia alemana referida en P. Mankowski, *ibid.* nota a pie nº 1509.

⁶³² En el mismo sentido, la Cour d'Appel de París en el asunto *Sánchez Gómez c. Princesa de Windsor*, Sentencia de 30 de junio de 1984, aplicando sus normas de competencia judicial internacional de carácter autónomo llega al mismo resultado. Sin embargo, el TGI de París, en el asunto *Dile Aga Khan*

otorga competencia a sus tribunales para conocer de los perjuicios causados en ese país, con exclusión del resto⁶³³. Esta interpretación de competencia limitada (o ilimitada según el caso), es la que se ha materializado en la doctrina del TJUE en aplicación del 5.3 para los supuestos de lesión a la personalidad por publicación⁶³⁴. La consecuencia directa de esta interpretación supone que la víctima deberá de acudir a tantos tribunales como países en los que haya sufrido el perjuicio, salvo que opte por litigar en el lugar de edición.

38. La dispersión del daño –del resultado dañoso- es el principal problema que la aplicación de este criterio de competencia puede plantear. Esta posibilidad multiplica potencialmente los foros competentes como lugar del daño. La pluralidad de lugares de resultado puede derivarse tanto porque el daño se ha dispersado en el espacio como porque exista una prolongación de éste en el tiempo (dispersión del daño en el tiempo). En el primero de los supuestos, se estaría ante una pluralidad de daños iniciales y en el segundo, ante daños consecutivos o indirectos posteriores –a los iniciales-. La dispersión del daño en el espacio es lo habitual en las demandas por difamación –o de lesión de la intimidad o de la propia imagen- por publicación de informaciones en medios de difusión multiestatal. Todos los casos a los que se refieren las sentencias del TJUE -al acotar el ámbito de aplicación del *forum delicti commissi* del art. 5.3- resuelven la cuestión de dónde entender situado un daño en supuestos en los que el lugar del comportamiento generador del daño se sitúa en un Estado y el resultado dañoso en otro

c. Soc. Axel Springer, sentencia de 23 de junio de 1976, aplicando igualmente sus normas de competencia autónoma –en vez del CB68 que era lo que correspondía-, determinó la competencia de los tribunales franceses por ser el foro al que las partes se sometieron, para conocer de los perjuicios ocasionados por la difusión de la Revista alemana *Bild* tanto en Francia como en Alemania (*cf. Rev.cr.dr.int.pr.*, 1978-I, pp. 132-140, Nota de H. Gaudemet Tallón).

⁶³³ Esta misma interpretación puede observarse en otras sentencias francesas, a modo de ejemplo, la sentencia del *TGI* de París, de 19 de junio de 1974, en aplicación el CB (*cf. Rev.cr.dr.int.pr.*, 1974-IV, pp. 696-705, Nota de P. Lagarde).

⁶³⁴ Esta postura no ha sido seguida por toda la doctrina. Por ejemplo P. Bourel, si bien en otro contexto -respecto de la concreción de este fuero en supuestos de responsabilidad por contaminación transfronteriza-, apoyaba la tesis de que el tribunal del perjuicio (el que correspondería con el de distribución) podía conocer de la totalidad de los daños causados en éste y otros Estados, ya que todos derivaban de un mismo evento causal (la edición) (*cf. P. Bourel, “Nota a la sentencia de Minas de Potasio de Alsacia”, loc. cit.*, p. 568).

u otros distintos (ya sea por razones espaciales o temporales⁶³⁵). En este momento se analizarán las respuestas que a cada uno de estos problemas de dispersión del daño ha dado el TJUE para la aplicación del fuero de competencia del art. 5.3 RBI.

B) Dispersión del daño en el espacio

39. En lo que se refiere a la dispersión espacial del daño, los problemas de la determinación del foro se concretan en dos cuestiones: si las víctimas pueden acudir a cualquiera de los tribunales donde el perjuicio se ha manifestado o únicamente a uno de ellos; y cuál es la competencia que le corresponde a cada uno de estos. Evidentemente, esta problemática surge en aquellos supuestos en los que el existe un único ilícito (origen) que causa daños en distintos Estados⁶³⁶. Si por el contrario se dan distintos ilícitos que causan daños diversos, la pluralidad de obligaciones supone que habrá que determinar separadamente la competencia judicial internacionales para cada una de ellas, sin perjuicio de la posible aplicación de las reglas de conexidad en su caso.

Ambas cuestiones ya han tenido respuesta en la jurisprudencia del TJUE en interpretación del art. 5.3 (aplicable tanto para RBI como para CL), y es común también para la LOPJ. En primer lugar, se acepta como regla de base (para todos los textos legales) que ante una pluralidad de lugares de daño los tribunales de todos ellos pueden conocer del asunto. No hay regla o criterio alguno en los textos que permita otra opción, pues se reconoce competencia de forma genérica a los tribunales del daño⁶³⁷. No cabe tampoco deducirse regla alguna al respecto que permita establecer alguna preferencia

⁶³⁵ Esta situación en la práctica puede adoptar todas las variables que se puedan imaginar sí, al mismo tiempo, el daño se manifiesta sólo parcialmente en un Estado y en toda su gravedad en otro lugar o para su causación intervienen varios comportamientos, incluso del mismo autor, localizados en diferentes lugares –lo que ya ha sido referido en el apartado anterior-. *Vid.* E. Torralba Mendiola, “La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo”, *InDret* 1/2012 (http://www.indret.com/pdf/880_es.pdf), donde para definir al conjunto de este tipo de casos los refiere como “supuestos de cursos causales no homogéneos” (p. 10).

⁶³⁶ Cf. G. Légier, “Sources extracontractuelles des obligations. Détermination de la loi applicable”, *J-Cl. dr. int.*, Fasc. 553-1, pp. 1-42 (p. 31).

⁶³⁷ Tal y como lo ha establecido el TJUE a partir de la sentencia *Bier: es competente el “tribunal del lugar donde el daño ha sobrevenido (...)”*; y en la LOPJ el tribunal español será competente si en el territorio español ha ocurrido “el hecho de que derive la obligación”.

entre los tribunales del daño, incluso si pudiera distinguirse un daño preponderante respecto de los demás (por ejemplo por el número de ejemplares vendidos, o por las descargas de la información en un país, etc.⁶³⁸), que si bien es un criterio utilizado en el sector se Derecho aplicable⁶³⁹, no así en de competencia judicial internacional. El criterio del daño preponderante para concretar el tribunal del daño con mejor competencia no puede ser admitido en términos generales, pues no es plausible en todos los supuestos de responsabilidad extracontractual. Si bien tiene gran utilidad en ciertos sectores, como es el caso de las lesiones a los derechos de la personalidad donde generalmente una única víctima sufre daños en diferentes países⁶⁴⁰, no así para aquellos sectores como por ejemplo los daños medioambientales donde el daño sufrido por distintas víctimas es distinto y, por ello, sería discriminatorio para aquellas que se considere un perjuicio de más importancia que los demás para obligarles a demandar ante el tribunal donde se haya producido ese daño supuestamente más relevante.

C) Dispersión del daño en el tiempo

40. El lugar del daño puede también verse alterado en su concreción si el perjuicio no se produce de forma inmediata en un único Estado, sino que se concreta de forma sucesiva o prolongada en el tiempo y en varios lugares. Se trata de aquellos supuestos en los que tras el perjuicio inicial la víctima sufre de una u otra forma secuelas posteriores o indirectas de ese primer daño, por lo que la pluralidad de daños ya no es solo espacial -como en el caso anterior-, sino que se deducen de alteraciones causales o temporales. En estos casos, si se reconoce la competencia del tribunal del daño se plantea si éste es únicamente el Estado en cuyo territorio ha tenido lugar el daño inicial o si también puede conocer del litigio el tribunal del Estado en el que se hayan

⁶³⁸ Esta cuestión se ha planteado en varias ocasiones en distintas cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE en la materia, en particular si es posible considerarlo como uno de los criterios a la hora de establecer la conexión o nexo con el foro (como por ejemplo, en las cuestiones prejudiciales planteadas en el asunto C-509/09, *eDate Advertising GmbH/X*, resuelta por la STJUE de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising*) .

⁶³⁹ Vid., P. M. Patocchi, , “L’acte illicite...”, *loc. cit.*, p. 28.

⁶⁴⁰ En materia de daños a la intimidad este criterio ha sido propuesto por A. Huet con base a la jurisprudencia *Shevanai* sobre el ar. 5.1 CB. Cf. Nota a la sentencia TGI París de 20 de febrero de 1992 (asunto *Vincent Lindon c. Soc. Burda GmbH*), *Journ. dr. int.* 1994, p. 168, y nota a la STJCE de 7 de marzo de 1995, *Journ. dr. int.*, 1996-2, pp. 543-550 (pp. 546 y 549).

producido los daños posteriores o indirectos. Dentro de los daños continuados o sobrevenidos deben distinguirse varios supuestos que recogen tres diferentes realidades con denominaciones diversas. La expresión daños continuados se ha empleado para definir los daños originados por una sucesión de actos continuados en el tiempo; la terminología daños duraderos para referir aquellos daños permanentes causados por un único acto, localizable en un único punto temporal pero cuyos efectos se dilatan en el tiempo, y los daños “progresivos” o sobrevenidos como aquellos que producen con carácter posterior efectos diferentes y de mayor entidad que los del daño inicial⁶⁴¹. En el DIPr. estos problemas de determinación del lugar del daño, tanto en el sector de competencia como de Derecho aplicable, han recibido la denominación genérica de daños prolongados⁶⁴².

En el caso particular de daños a los derechos de la personalidad por publicaciones difamatorias –o lesivas de otros derechos referidos a la personalidad- el daño se dilatará en el tiempo tanto como esté disponible la información en el medio que se trate, y teniendo en consideración que el lugar del daño serán tantos como Estados en los que se haya difundido el contenido lesivo y el sujeto sea conocido, podría plantearse si estos podrían considerarse como daños prolongados. En estos casos no se puede hablar de secuelas o daños indirectos en base a esos hechos, porque en sí mismos se consideran una pluralidad de daños directos materializados y verificados en distintos lugares, generalmente contra una única víctima. Todo ello no significa que no puedan darse en este ámbito material daños indirectos o secuelas, pues de esta naturaleza serían los daños económicos causados a los socios por la resolución unilateral por la contraparte de un acuerdo comercial celebrado con la sociedad de la que es cabeza visible la víctima, como consecuencia directa de las informaciones publicadas en un medio de comunicación respecto de la vida personal o profesional del perjudicado.

41. Para el supuesto que se den daños prolongados en este ámbito el TJUE ha eliminado la posibilidad de otorgar competencia en base al *forum damni* al tribunal de las secuelas posteriores o indirectas del daño – ya que en sentido contrario esto podría

⁶⁴¹ Vid. sobre las diferentes categorías de daños, C. de Miguel Perales, *La responsabilidad civil...*, ob. cit., pp. 92-94.

⁶⁴² Un estudio esencial de este tipo de daños en el DIPr. es el realizado por P. Bourel. Vid. P. Bourel, “Du rattachement...”, loc. cit., pp. 357-386.

dar paso a un reconocimiento del *forum actoris* en aplicación del art. 5-3⁶⁴³-. En los asuntos *Dumez*⁶⁴⁴ y *Marinari*⁶⁴⁵ el TJUE es claro y rechaza todo tipo de interpretación extensiva de la Sentencia *Minas de potasa* y atribuye competencia solamente al tribunal del daño directo e inmediato –postura seguida por la mayoría de las jurisdicciones nacionales⁶⁴⁶ con escasas excepciones⁶⁴⁷-.

⁶⁴³ Si se hace una interpretación y aplicación extensa de la doctrina *Minas de potasa*, es posible que se interprete por el foro de manera que permita indirectamente el reconocimiento del *forum actoris*, lo que no está permitido en el sistema RBI. En este sentido, en ese momento apra CB-, *vid.* A. Font Segura, “la disociación y los daños indirectos en la aplicación del art. 5.3o del Convenio de 1968 de Bruselas; Sentencia del TJCE de 11 de enero de 1990”, *Noticias CEE*, núm. 66, 1990, pp. 131-136, en esp. p. 133; y en términos similares por D. Holleaux, *cf.* nota a la Sentencia TGI de París de 18 octubre 1978, *Vasarély dit Yvaral c. Caramel et Ratti*, *Journ. dr. int.*, 1980-4, pp.892- 893.

⁶⁴⁴ STJCE 11 enero 1990, As- C-220/88, *Soc. Dumez France y Soc. Oth Inf. C. Soc. Hessische Landesbank et al.*, Rec. 1990-1, pp. 49-81, *REDI*, 1992-2, pp. 631-632. Esta resolución fue muy comentada entre la doctrina, *vide* entre otros, nota A. Borrás Rodríguez y B. Vilá Costa, *Rev. Jur. Cat.*, pp. 1135 y ss.; H. Gaudemet-Tallon, “Note a la STJCE 11 de enero de 1990, *Dumez France y Tracoba*, C-220/88”, *Rev.cr.dr.int.pr.*, 1990, II, pp. 363-375; A. Huet, “Observaciones a la STJCE 11 de enero de 1990, *DumezFrance y Tracoba*, C-220/88”, *Journ. dr. int.*, 1990, II, p. 497-503; V. Fuentes Camacho, “Principio de proximidad y precisión del *forum delicti* comissi en las hipótesis de pluralidad de daños sobrevenidos en distintos Estados”, *La Ley: Comunidades Europeas*, 27 de noviembre de 1992, pp. 1-8; A. Crespo Hernández, “Precisión del lugar del hecho dañoso en los supuestos de daños sobrevenidos”, *Iniuria* 1995, pp. 99-111; L. Mari, “Problemática del *forum damni* nella convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale”, en VV. AA., *Mélanges Fritz Sturm*, Volumen II, Liège 1999, pp. 1573-1590.

⁶⁴⁵ STJCE de 19 septiembre 1995, *loc. cit.* Respecto de esta sentencia, y en relación con la decisión *Bier*, J. M. Bischoff señaló que el asunto *Bier* abrió la posibilidad a aquellas víctimas que no querían litigar en el extranjero de encontrar, de manera forzada, un daño que pudieran localizar en un lugar más próximo a ellas (*cf.* nota a la Sentencia TJCE 19 septiembre 1995, asunto *Marinari*, *Journ. dr. int.*, 1996-2, pp. 562-563, en particular. p. 562).

⁶⁴⁶ *Vid.* la jurisprudencia nacional francesa, alemana e italiana referida en A. Crespo Hernández, *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p.p. 145-146 (en nota pie nº. 116).

⁶⁴⁷ Las raras excepciones a esta línea jurisprudencial de los tribunales nacionales (todas ellas anteriores a las sentencias *Dumez* y *Marinari*) que pueden referirse son: Sentencia *Cour Cassation* francesa de 21 de octubre 1981, *Rép. Jurisprudence*, I-5.3-B, donde los tribunales franceses sustentaron su competencia en base al lugar de fallecimiento de la víctima cuando el accidente tuvo lugar en España; y la Sentencia de la Corte di Cassazione italiana de 15 de marzo 1975 nº1001, (asunto *Nagel c. Mowlem*), *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1975-4, vol. XI, p. 562, donde se reconoce la competencia judicial internacional del los tribunales italianos por ser el domicilio de la víctima aunque la responsabilidad que se solicitaba derivaba de daños causados por una operación de cirugía estética realizada en Londres.

Son varias las razones que conducen a esta interpretación restrictiva del criterio lugar del daño. El principio de proximidad que inspira a los textos europeos analizados y el significado del domicilio del demandado como fuero general, permiten derivar esta misma solución. El principio de proximidad se configura como un principio esencial que obliga necesariamente a establecer la competencia judicial internacional de aquellos tribunales que tengan una conexión o vínculo importante con el litigio para poder garantizar la necesaria previsibilidad del fuero para el demandado. En el caso de daños sobrevenidos o indirectos estos lugares no muestran una conexión estrecha con el litigio⁶⁴⁸, por lo que su competencia no estaría justificada. Así mismo, la exclusión de la competencia de dichos tribunales es la solución más coherente con la tesis de la competencia limitada del tribunal del daño establecida por *Shevill* (y suscrita por *eDate Advertising*). Si se entiende que el daño inicial y el sobrevenido son distintos a los efectos de reconocer competencia, el tribunal del daño inicial sólo podrá conocer de éste y no de los daños posteriores sobrevenidos (sus consecuencias posteriores), salvo que se hayan producido en su mismo territorio. De igual manera, los tribunales donde se hayan sufrido dichas consecuencias sólo podrán conocer de éstas y no del daño inicial –si se produjo en otro Estado-. Son obvias las eventuales consecuencias prácticas a las que esta aproximación conduciría: es posible que el segundo tribunal (el de los daños sobrevenidos) reconozca la existencia de responsabilidad y, en su virtud, conceda la reparación por esos perjuicios posteriores, mientras que el primer tribunal (el del daño inicial) establezca la no existencia de responsabilidad por concurrencia de alguna causa que exonera al demandado, por lo que no otorga ningún resarcimiento⁶⁴⁹. Además, en la generalidad de ordenamientos jurídicos nacionales al reglamentar el Derecho de daños (Responsabilidad civil extracontractual) únicamente los daños indirectos o sobrevenidos tienen sentido –y se toman en consideración para la cuantificación- si se prueba la existencia (o se presume) de un daño inicial. Y esto es consecuencia directa de la propia causalidad de los daños sobrevenidos o indirectos. Esto es, los daños sobrevenidos no son más que el efecto de un daño inicial y los indirectos se derivan del daño producido

⁶⁴⁸ La idea de que el principio de proximidad no se satisface si se reconoce competencia al tribunal del daños indirecto o sobrevenido ha sido desarrollado de forma particular y muy razonada por P. Burel en relación con el art. 5.3º CB (*Vid.* P. Bourel, “Du rattachement...”, *loc. cit.* pp. 365-373). Y es esta misma idea la que el TJCE ratificó en los asuntos *Dumez* y *Marinari* ya referidos.

⁶⁴⁹ Sobre esta incoherencias *vide*, P. Bourel, “Du rattachement...”, *loc. cit.*, pp. 369-271.

de forma directa a otro sujeto. Esto permite afirmar que entre ellos existe una cadena causal, indisociable⁶⁵⁰, que no permite la disociación tanto desde el punto de vista de la estructura material de este tipo de daños como desde el punto de vista de la competencia limitada del *foro damni*. Finalmente, desde la perspectiva del principio de acumulación de acciones tampoco puede admitirse la competencia de estos tribunales⁶⁵¹. Pues si se otorgara competencia a todos y cada uno de los tribunales donde aparezca un daño sobrevenido o indirecto, además de al del daño inicial, la consecuencia más inmediata sería la multiplicación de tribunales competentes. Y frente a esta situación lo más evidente es el peligro de sentencias contradictorias que tendrían serios problemas en sede de reconocimiento en otros Estados.

A pesar de todos los argumentos anteriores podría eventualmente aducirse el principio *favor laesi* para sustentar una solución contraria a la expuesta –pero que no tiene reflejo en la doctrina de TJUE-. Pues obviamente otorgar competencia a estos tribunales solo podría obedecer al objetivo de proteger a la víctima. Pero la cuestión es si este principio tiene suficiente fuerza para justificar que aquellos tribunales tengan competencia. La respuesta parece clara, ya que la protección de la víctima no puede primar sobre otros principios fundamentales para la buena administración de justicia. Por lo tanto, haciendo una necesaria visión de conjunto de los objetivos de estos textos, cabe señalar que el principio de protección de la víctima no puede alegarse para justificar la competencia de los tribunales del daño posterior o sobrevenido por ser contrario a los principios de proximidad y de concentración de acciones⁶⁵², además, supondría posibilitar el *forum actoris* cuya operatividad no está contemplada en ninguno de los dos instrumentos europeos, y lo más importante, no existe en este sentido ninguna manifestación favorable por parte de TJUE que permitiera esta aproximación, por lo que, definitivamente, ha de descartarse.

⁶⁵⁰ P. Bourel utilizó la expresión “disociar lo indisociable” al referirse a este tipo de daños a la hora de establecer la competencia judicial internacional de los tribunales de los daños indirectos o sobrevenidos (*cf. ibid.* p. 370).

⁶⁵¹ Precisamente por el TJCE se ha referido que el principio de concentración de acciones se opone al reconocimiento de competencia al tribunal del daño indirecto o posterior en los asuntos *Dumez* y *Marinari*. En particular, véase el FJ 8ª sentencia *Dumez*, y nota a la sentencia de A. Huet (*loc. cit.* p. 500) y H. Gaudemet-Tallon (*loc. cit.*, p. 137).

⁶⁵² Asuntos *Dumez* y *Marinari*.

D) La accesibilidad como criterio insuficiente

42. La determinación del lugar del daño en un supuesto de difamación –o lesión a la intimidad o a la propia imagen- a efectos de establecer la competencia judicial internacional en aplicación del art. 5.3 RBI vuelve a plantear problemas cuando las informaciones lesivas han sido vertidas a través de Internet. Toda vez que no se prevén reglas específicas de competencia en el sistema RBI/CL para los daños cometidos en Internet⁶⁵³, la aplicación de los criterios interpretativos previstos para medios de difusión más restringidos podría conducir a resultados indeseados⁶⁵⁴. La aplicación del criterio *forum delicti commissi* ante ilícitos cometidos por Internet resulta compleja por tratarse siempre de actividades o relaciones plurilocalizadas. Cuando la responsabilidad se deriva del contenido publicado en páginas *web*, contribuciones en foros, *blogs* o cualquier otro espacio accesible a través de la red, es necesario previamente valorar las consecuencias del alcance global propio de estos servicios de Internet⁶⁵⁵, lo que debería incidir en la concreción del lugar de resultado⁶⁵⁶. En particular, cuando se trata de

⁶⁵³ Ni tampoco la Directiva de Comercio Electrónico (Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior, DO 2000 L 178/1), introduce ninguna regla o alteración de las reglas de competencias contenidas en el RBI.

⁶⁵⁴ Vid. Comentario a la SAP de las Palmas de 30 de enero de 2004 (*loc. cit.*), por A. Hernández Rodríguez., *AEDIPr*, 2005, pp. 642-650, en esp. p. 644.

⁶⁵⁵ Cf. P. A. De Miguel Asensio, *Derecho privado...*, *ob. cit.* p. 189. El sistema diseñado en el RBI no tiene en consideración el medio utilizado para concretar el lugar del daño. En este sentido, cuando el medio es el virtual cabe distinguirse entre las denominadas *websites* activas y las pasivas, lo que debería condicionar la aplicación del criterio de competencia del 5.3. Vid. A. Huet, nota a la sentencia *Cass. com. (première chambre civile)*, 9 décembre 2003, *JDI*, 2004, n° 3, pp. 872-879, en esp. p. 879. La verdad es que para los propósitos del 5.3 no se tiene en consideración si ha existido o no interactividad por parte del destinatario de los contenidos controvertidos, e incluso si la website de origen no hizo nada malo o no pudo si es que es simplemente una *web* pasiva. En este sentido, las *website* como tal no son objeto de escrutinio sino únicamente tiene relevancia el contenido en sí mismo. Vid. P. Mankowski, “Sección 2, Special Jurisdictions...”, *loc. cit.*, p. 263.

⁶⁵⁶ Sobre el problema de la localización del lugar del daño cuando el medio utilizado apra cometer la actividad lesiva es Internet, *vid.* H. Gaudemet-Tallon, Nota a la Sentencia de la *Cour d’appel d’Orléans*, de 6 de mayo de 2003, *Rev.cr.dr.int.pr.*, N° 1, 2004, pp. 139-151. En el asunto de referencia los demandados había difundido a través de una *web site* un catálogo de productos, los cuales habían sido elaborados vulnerándose el secreto de fabricación y de los procedimientos comerciales. Se discutía la

supuestos de lesiones a los derechos de la personalidad por publicación de contenidos en Internet, este medio debería incidir en la concreción en un único Estado del lugar del daño, partiendo del hecho de que la víctima únicamente puede ser lesionada en sus derechos de la personalidad allí donde tiene un reconocimiento y un nombre, es decir, donde es conocida –en caso de difamación allí donde tiene su reputación-. En este sentido, el simple recurso a la accesibilidad o a la distribución intencionada de los contenidos debería reputarse como insuficiente en este contexto, en tanto que esto no sería una forma de tener en consideración el valor posiblemente dañado. Para que pueda considerarse que el daño se ha producido, es necesario que el receptor o destinatario reconozca, entienda y asimile la información controvertida. En consecuencia, con el objeto de evitar competencias fortuitas de los tribunales en estos casos debería establecerse criterios que garanticen una conexión firme y sin ambigüedades entre el Estado en cuestión y el valor tutelado -la reputación del sujeto o su intimidad-. Desde esta perspectiva, la víctima define de manera indirecta esa localización, y en este sentido debería constituir un mínimo que la reputación sea probada y reconocida en el

competencia de los tribunales franceses para conocer del litigio, en atención al hecho de que la página *web* era accesible desde el territorio francés. Por los actores se reclamaba la competencia judicial internacional de la jurisdicción francesa al entender que es en Francia donde se ha hecho uso de los resultados de esa violación (de secreto) al comercializar allí los productos, lo que justificaba la competencia internacional de la jurisdicción francesa de conformidad con el art. 46.3 del nuevo Código de Procedimiento Civil francés (que subsidiariamente en materia delictual establece la competencia de los tribunales franceses cuando sean el domicilio del demandado o el lugar donde el hecho dañoso se ha producido o pueda producirse) respecto de una de las demandadas (la sociedad francesa *Mridul*); mientras que uno de los demandados –la sociedad británica *Trademark Tiles Limited*– alegaba que nunca se había comercializado en Francia dichos productos directamente –sí existía intermediario de un sitio *web*– por lo que no podía fundamentarse la competencia francesa. La fundamentación de la competencia judicial internacional de los tribunales franceses en relación con la acción ejercitada contra la empresa inglesa debe de analizarse a la luz del RBI por darse todos los ámbitos necesarios para su aplicación, dejando inaplicable la norma de competencia autónoma alegada. En particular, el análisis debe hacerse a la luz del art. 5.3 RBI, esto es, si Francia es o no lugar del daño. La simple accesibilidad desde el territorio francés de la página *web* no puede considerarse como suficiente para que se reconozca éste como lugar del daño de conformidad con el art. 5.3 (p. 146), cuando se pruebe, como en el caso, por el demandado que ni ahora ni nunca había comercializado fuera del Reino Unido (*Trademark Tiles Limited*). Por lo que en caso de que la publicidad o la información controvertida esté accesible en la red, habrá que estar caso por caso para analizar si la presencia de la sociedad en el territorio en cuestión (en este caso en Francia) es real y supone verdaderamente un daño y por lo tanto, si puede o no considerarse lugar del daño a la luz del 5.3 (p. 150).

Estado concreto⁶⁵⁷.

En consecuencia, en tanto que los daños se cometen por la publicación en un medio de difusión masivo –global- es necesario que el reconocimiento de la competencia en base al lugar del daño sea interpretado de manera restrictiva⁶⁵⁸. De tal manera que el mero acceso al contenido no debería ser suficiente, lo que resulta claro por ejemplo cuando la distribución de una publicación en un determinado Estado fuera accidental sin que existiera intencionalidad para esa distribución, y en consecuencia la regla aquí debería declinar⁶⁵⁹. Un ataque intencional por el autor del daño específicamente dirigido a un concreto Estado es el indicativo más valioso (si es que se prueba) para poder localizar el lugar del daño en cualquier medio. Ahora bien, ese elemento no puede ser considerado como requerido en todos los casos, dado que no opera en todos los medios de comunicación –pues en caso contrario sería discriminatorio en función del medio utilizado para la publicación y distribución de la información lesiva-. En particular, difícilmente este criterio puede resultar operativo cuando se trata de Internet ya que cabe la republicación de los contenidos en otras páginas *web* secundarias, en foros de discusión, etc., cuando la *web* originaria que provee del contenido implícitamente lo consiente ya que lo colgó sin restricciones. De tal manera que en este contexto habría que buscar otros elementos indicativos para localizar ese Estado al que la información pudiera estar dirigida –esto es, donde produce los efectos más significativos⁶⁶⁰ para evitar que el lugar del daño en este medio se convierta en un *forum non conveniens*⁶⁶¹. El hecho de que la parte que cuelga el

⁶⁵⁷ Véase al respecto los ejemplos sobre minorías nacionales y comunidades dentro de los Estados y cómo afecta esto en la concreción del lugar del daño en P. Mankowski, “Sección 2, Special Jurisdictions...”, *loc. cit.*, p. 264.

⁶⁵⁸ Si bien, para ello el sector de competencia no cuenta con las mismas presiones –políticas o de *lobbies* interesados en la materia- que existen en el sector de Derecho aplicable, ya que el examen de la jurisdicción no está cargado con el necesario y difícil equilibrio entre la protección de las potenciales víctimas por un lado, y de la libertad de expresión e información por otro. Pero que en el ámbito de la solución de ley aplicable ha supuesto la exclusión de la materia del ámbito de aplicación del RRII.

⁶⁵⁹ Cf. P. Mankowski, “Sección 2, Special Jurisdictions...”, *loc. cit.*, p. 261 y los supuestos prácticos aquí referidos.

⁶⁶⁰ Y en ese sentido podrían servir los factores indiciarios expuestos por el TJUE para interpretar el término *website directed* en el ámbito contractual, ya referidos (asunto *Pammer*).

⁶⁶¹ Cf. P. Mankowski, “Sección 2, Special Jurisdictions...”, *loc. cit.*, p. 264.

contenido pudiera en el futuro abstenerse de colgar ese tipo de información o bloquear el acceso a los usuarios de ciertos Estados -por ejemplo si se atribuye a determinados países en función de su número IP- no tendría que ser un criterio relevante a estos efectos⁶⁶².

43. Que sea Internet el medio de difusión empleado ha llevado al TJUE a considerar que es necesario introducir ciertas modificaciones en su doctrina anterior para evitar resultados indeseados (sentencia *eDate Advertising*, siguiendo con ello la línea ya marcada por las Conclusiones del Abogado General). A juicio del Tribunal de Justicia “*la publicación de contenidos en un sitio de Internet se distingue de la difusión territorial a través de un medio de comunicación impreso en que aquélla persigue, en principio, la ubicuidad de los citados contenidos. Éstos pueden ser consultados instantáneamente por un número indefinido de usuarios de Internet en todo el mundo, con independencia de cualquier intención de su emisor relativa a su consulta más allá de su Estado miembro de residencia y fuera de su control.*

Por lo tanto, parece que Internet reduce la utilidad del criterio relativo a la difusión, en la medida en que el alcance de la difusión de contenidos publicados en ella es, en principio, universal. Además no siempre es posible, desde el punto de vista técnico, cuantificar esa difusión con certeza y fiabilidad en relación con un Estado miembro particular ni, por lo tanto, evaluar el daño exclusivamente causado en ese Estado miembro”⁶⁶³.

En este sentido, parece que el Tribunal tiene claro que los anteriores criterios deben adaptarse a la particularidades del medio, y con esa premisa consagra un nuevo criterio de competencia para los tribunales del lugar donde el perjudicado tiene su centro de intereses –como lugar de origen del daño a los efectos del art. 5.3 RBI con competencia ilimitada⁶⁶⁴-. Ahora bien, tras esta nueva incorporación parecería que lo lógico hubiera sido que el Tribunal concluyera en este sentido la cuestión, estableciendo que para estos casos únicamente la alternativa para el criterio de localización del daño para la aplicación del art. 5.3 fuera el del lugar de origen –ficticio- concretado en el

⁶⁶² *Ibidem.*

⁶⁶³ FFJJ 45º y 46º.

⁶⁶⁴ Si bien, ahora únicamente se enumera este criterio de competencia unersal porque será objeto de análisis específico en una partado posterior.

lugar de establecimiento del emisor de contenidos y en el lugar del centro de intereses del perjudicado –en ambos casos con competencia para conocer de la totalidad de daños-⁶⁶⁵. Pero esto no fue así, si no que el Tribunal –contradiciéndose a si mismo en las argumentaciones utilizadas- volvió a recoger su doctrina anterior para aplicarla a la realidad distinta que es Internet. En este sentido, recoge la posibilidad de que la víctima pueda demandar ante los tribunales del lugar del daño, que se concreta en cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible (con competencia limitada).

44. Llama la atención el criterio a través del cual el Tribunal concreta el lugar del daño cuando el medio es Internet (interpretación que, de inicio, difícilmente puede casar sin más con el principio fundamental de previsibilidad para el demandado). Se trata de la mera accesibilidad -presente o pasada- del contenido controvertido desde el territorio del Estado miembro para atribuirle competencia para conocer en relación con los daños causados en el territorio del país en cuestión (ap. 51). Aun partiendo de la competencia limitada que se otorga a tales territorios, la principal crítica que surge es clara: el único requisito de la accesibilidad no resulta suficientemente justificado desde el punto de vista de la previsibilidad para el potencial demandado. Si bien es cierto que todos los que operan en Internet conocen –o deberían conocer- que el alcance del medio es global/universal, al igual que se utilizó por el Tribunal el fundamento de la ubicuidad de las difusiones en este medio y su alcance global para concretar como foro con competencia ilimitada el lugar del centro de intereses de la víctima, esa misma argumentación debería sostenerse para al menos precisar el criterio accesibilidad. Parece que sería necesario acompañar a este criterio de otros elementos o indicios que permitieran conocer *a priori* al potencial responsable dónde puede ser demandado dentro del territorio UE. La falta de rotundidad que ha manifestado el Tribunal en este aspecto choca con la postura que sobre el mismo ha mantenido el Abogado general en sus Conclusiones⁶⁶⁶.

⁶⁶⁵ En este mismo sentido, E. Torralba Mendiola, “La Difamación...”, *loc. cit.*, p. 15-16.

⁶⁶⁶ *Vid.* ap. 56 de las Conclusiones. En este mismo sentido, P. A de Miguel Asensio que considera la accesibilidad como criterio insuficiente para atribuir, por sí sólo competencia judicial internacional “con respecto al conjunto de las consecuencias derivadas de la difusión de esta información en Internet...”(*cf.* “Competencia judicial y protección...”, *loc.cit.*, pp. 3-4).

Desde el punto de vista del Abogado General –que se comparte- la razón por la que este elemento –la accesibilidad- por sí sólo no puede ser suficiente para otorgar competencia judicial internacional para conocer de las consecuencias/daños derivados de las informaciones publicadas en Internet es clara: este factor –la posibilidad de acceder al contenido colgado en la red- puede realizarse en cualquier parte del mundo de la misma manera. La única observación que al respecto se ha realizado por el Tribunal es la limitación de la competencia de estos tribunales de los Estados miembros –desde donde se accede o se pudo acceder al contenido lesivo- exclusivamente de los daños causados en su territorio (ap. 51). De tal manera que, siguiendo el tenor de esta sentencia la accesibilidad de la información no sirve para atribuir competencia judicial internacional (en base al art. 5.3º RBI) para conocer de la responsabilidad por totalidad de los daños derivados de la difusión de los contenidos (en principio, en todo el mundo). Pero sí lo admite con carácter parcial, sólo para conocer de aquellos daños que se hayan verificado dentro de su jurisdicción, lo que en principio sólo se produciría si el sujeto perjudicado es allí conocido –porque allí concurren los intereses tutelados con los derechos de la personalidad-, esto es, donde la víctima tiene su centro de intereses (generalmente, el lugar de su residencia habitual).

45. En conclusión, la posición por la que el TJUE ha optado en este asunto en relación con el criterio lugar de resultado puede ser objeto de ciertas observaciones. En primer lugar, si bien es cierto que el medio virtual presenta características propias diferenciadas del resto de medios de difusión por su alcance potencialmente global e inmediato, en esta materia en particular esa característica propia puede no tener tanta relevancia como cabría pensar en una primera aproximación. Para que se puedan lesionar los derechos referidos a la personalidad es necesario que concurren los intereses tutelados -la reputación, la esfera íntima indisponible, etc.-, de tal manera que no es posible atentar contra estos derechos en todas partes⁶⁶⁷ -por lo que la mera accesibilidad al contenido no otorgaría competencia-. Esta afirmación puede ser matizada para aquellos supuestos en los que se trate de una persona mundialmente conocida (que permitiera hablar por ejemplo de una “reputación internacional”⁶⁶⁸). Ahora bien, para

⁶⁶⁷ E. Torralba Mendiola, en este sentido afirma que si bien “es cierto que a través de la red la información puede llegar de manera instantánea a todas partes, pero también lo es que no en todas partes es posible difamar a un individuo” (cf. “La Difamación...”, *ob. cit.*, p. 16).

⁶⁶⁸ *Ibidem*.

estos casos la principal diferencia entre el medio virtual y otro medio de difusión tradicional sería meramente cuantitativa: una potencial difusión mundial frente a una difusión multiestatal más limitada -pero lo suficientemente extensa para que no resulte satisfactoria para ninguna de las partes en conflicto-. Y en estos términos habría que plantearse si se justificaría la adopción de una norma específica de competencia -y correlativamente de solución de ley aplicable- para el medio virtual. Lo cierto es que la solución de la multiplicidad de foros que a través de *Shevill* el Tribunal de Justicia introdujo en esta materia específica no resulta satisfactoria para ninguna de las partes en litigio -ni antes en relación con los medios de comunicación tradicionales ni mucho menos ahora en el medio virtual-. Las víctimas no están en condiciones de usar la opción de elegir entre una multiplicidad de eventuales tribunales donde demandar, ni tampoco los posibles demandados de acudir⁶⁶⁹.

En segundo lugar, si el Tribunal parte de que Internet es una realidad completamente distinta a los medios tradicionales para fundamentar la modificación de la regla del 5.3 RBI introduciendo un criterio nuevo con competencia universal: centro de intereses de la víctima -por esa inadecuación del criterio lugar del daño por la ubicuidad del medio-, la coherencia en la argumentación exigía que se llevara esta distinción hasta sus últimas consecuencias -esto es, que se separara definitivamente de la anterior doctrina *Shevill* -. Al mantener el criterio de lugar del daño (allí donde se tenga o tuvo acceso al contenido y el sujeto es conocido) no se cumplen con los objetivos que predica la propia resolución -para admitir ese nuevo criterio de competencia-, esto es, la necesidad un criterio que sea cercano para la víctima y además suficientemente previsible para el posible demandado -el emisor-, pues en este sentido habría que eliminar el *locus damni*.

E) Efectos significativos

46. En la medida que el lugar de manifestación del daño cuando el medio utilizado para la publicación es Internet es el lugar de recepción de la información, la mera accesibilidad a la información potencialmente lesiva por sí sola no debería ser suficiente -a los efectos del art. 5.3 RBI-. Pero tampoco parece adecuado exigir que la

⁶⁶⁹ Por lo que para algunos esta solución no es buena con independencia del medio (*ibidem*).

actividad esté especialmente dirigida a ese país en concreto cuando esto no sea necesario para los usuarios para poder acceder a la información desde ese país. En este sentido, la sentencia *eDate Advertising* ha sido clara, ya que no exige efectos significativos en el foro para atribuirle la competencia como lugar del daño, resultando suficiente el mero acceso -presente o pasado- del contenido lesivo desde su jurisdicción. Desde una perspectiva comparada, la jurisprudencia internacional parece que tiende, en materia de protección del honor, a considerar suficiente para atribuir competencia a los tribunales de un país donde la víctima es conocida (generalmente por localizarse allí su domicilio) el hecho de que los usuarios de ese país hayan accedido a los materiales lesivos aunque la información fuera difundida en un medio editado en el extranjero y dirigido esencialmente al extranjero⁶⁷⁰.

La exigencia de la concurrencia de efectos de entidad en el lugar de acceso del contenido no es una reclamación nueva. En este sentido manifestó expresamente el Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón en sus Conclusiones, indicando que en cada caso concreto habría que realizar un análisis objetivo de las circunstancias que lo rodean para ver si la información accesible desde ese territorio puede considerarse como *locus damni*. Para ello, hay una serie de indicios que pueden observarse por el juez del foro para saber si la información en cuestión resulta relevante o suscita interés en un territorio y, consecuentemente, motive a los lectores de ese territorio a acceder a ella⁶⁷¹. La intencionalidad del medio no es determinante⁶⁷², es decir, lo relevante a los efectos de

⁶⁷⁰ Vid. M. Collins, *The Law...*, *ob.cit.*, pp. 355-364. En particular, véase la sentencia de la High Court australiana en el asunto *Down Jones & Co Inc v Gutnick* (2002) 210 CLR 575, HC de Australia. La misma tendencia sigue la jurisprudencia española véase en tre otras, SAP de Barcelona de 27 de octubre de 2009 (JUR/2009/488564) y SAP Madrid (Secc. 8ª) de 18 de octubre de 2010 (JUR/2011/17417), ambas resoluciones traen causa en dos demandas de tutela frente a una intromisión ilegítima en el derecho al honor a raíz de la publicación en la versión digital e impresa del diario *Le Monde*, editado en Francia, de una información que vinculaba con el dopaje a dos clubes españoles de fútbol, Barcelona y Real Madrid.

⁶⁷¹ En este sentido puede verse distinta jurisprudencia extranjera, v. gr. Sentencia de la High Court de Inglaterra y Gales en el asunto *Harrods vs. Dow Jones*, de 22 de mayo de 2003, §§ 32 y ss.; Sentencia de la Scottish Court of Session en el asunto *Bonner Media Limited*, de 1 de julio de 2002, §19, y Sentencia de la High Court de Australia en el asunto *Dow Jones & Company Inc*, ya citada, §154.

⁶⁷² En este sentido el Abogado general Sr. P. Cruz Villalón habla de la intencionalidad del editor de dirigir voluntariamente la información a un Estado miembro en particular (*loc. cit.*, § 62), lo que supone reducir las posibilidades ya que no siempre serán medios de comunicación los responsables

concretar la competencia judicial internacional en base al art. 5.3º RBI deben ser los datos objetivos y no la intencionalidad del sujeto causante del daño en cuanto al territorio al que voluntariamente quiere dirigir la información⁶⁷³, y estos datos son los que deberá valorar la jurisdicción nacional⁶⁷⁴. Entre los distintos indicios que el tribunal de foro debería valorar para localizar dónde la información es objetivamente relevante se encontraría el contenido de la información litigiosa, lo que permite delimitar los territorios donde potencialmente existe interés sobre la noticia. Y ello con independencia del establecimiento del editor, para el caso que lo hubiera. Otros indicios que coadyuven a localizar ese territorio que pueden indicar la intencionalidad del informante podrían ser, sin que deba considerarse como una lista exhaustiva, el idioma de la página *web* (que permite delimitar el área de alcance de la información publicada), los registros de acceso a la página, las palabras clave suministradas a los motores de búsqueda para identificar la página del medio, el uso de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro del establecimiento del editor⁶⁷⁵, etc.⁶⁷⁶

Esto limitaría objetivamente la pluralidad de foros donde el medio podría ser demandado como potencial lugar del daño (aunque fuera con competencia limitada), lo que obedecería a la necesidad de garantizar una suficiente previsión al demandado en relación con los lugares donde pudiera ser demandado como consecuencia de su actividad desarrollada en la red (y esto realmente en el contexto virtual preocupa a los

del daño, y por tanto, no habrá editor que tomar en consideración, pues cabe que sea un particular el que atente contra los derechos de la personalidad.

⁶⁷³ Porque cuando el RBI ha querido tomar en consideración este elemento subjetivo así lo ha establecido expresamente, por ejemplo el fuero especial previsto en el artículo 15.1c) RBI para los contratos de consumo en aquellos supuestos en los que el prestador del servicio “dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros”.

⁶⁷⁴ Lo que se traduce en palabras del Abogado General Sr. Cruz Villalón en “aquellos supuestos en los que un medio de comunicación puede razonablemente prever que la información distribuida en su edición electrónica contiene un «interés noticiable» en un territorio concreto” (*cf. loc. cit.* § 63).

⁶⁷⁵ Mostrando así la existencia de un espacio territorial concreto en el que la información pueda ser objeto de especial seguimiento (*Cf. Conclusiones*, §65). Este criterio de localización ya fue utilizado por el TJCE *Vid. Sentencia Pammer y Hotel Alpenhof, loc. cit.*, §83.

⁶⁷⁶ La publicidad contenida en la página, en caso de haberla, puede también indicar el ámbito territorial donde la información tiene vocación de ser consultada (*Cf. Sentencia Pammer y Hotel Alpenhof, loc. cit.*, §84)

operadores⁶⁷⁷). Aunque esta postura restrictiva no es nueva, ya que la exigencia de efectos significativos en el territorio del foro para reconocer competencia judicial internacional en base al RBI cuando el medio utilizado es Internet ha sido ya requerida por la instituciones comunitarias, si bien respecto de la operatividad del art. 15 RBI (contrato de consumo), lo que no obsta para que se pueda extrapolar aquí a los efectos de concretar el lugar de resultado como fuere⁶⁷⁸. En este sentido, existe una Declaración conjunta del Consejo y la Comisión relativa al artículo 15⁶⁷⁹ donde se precisa que “el mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que el artículo 15 resulte aplicable, aunque se dé el hecho de que dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de estos contratos a distancia, por el medio que fuere. A este respecto, la lengua o la divisa utilizada por un sitio Internet

⁶⁷⁷ Vid. en este sentido, si bien respecto del desarrollo del comercio electrónico y la preocupación de los operadores económicos en la Red –lo que puede aplicarse a este contexto a los efectos de concretar el lugar de resultado–, la Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Doc COM (1999) 348 final, pp. 16 y ss., en donde señala la preocupación existente en el sector económico que intenta desarrollar el comercio electrónico en relación con los términos utilizados en el artículo 15 de “dirigir tales actividades”, pues ello podría provocar que las empresas activas en el ámbito del comercio electrónico deberán, bien aceptar la posibilidad de tener litigios en todos los Estados miembros, o bien precisar que sus productos no se destinan a consumidores domiciliados en determinados países miembros.

⁶⁷⁸ La utilización del concepto “*website directed*” (actividades dirigidas) en relación con los daños cometidos *online* mediante sitios *web*, especialmente en supuestos de difamación, para atribuir competencia judicial internacional (en base al 5.3º RBI, como lugar del daño), ha sido propuesto por cierta doctrina. En especial a la luz de los problemas de aplicación que la doctrina *Bier/Shevill* plantea para los supuestos de difamación *online*, a los efectos de mantener la posibilidad de elección de la víctima, y dada la interrelación que existía entre las mayoría de las cuestiones presentadas ante el TJUE en el asunto *eDate Advertising* y las planteadas en el asunto *Pammer* (principalmente los criterios de accesibilidad, lenguaje y conexión con varios Estados miembros). Vid. T. Pavelka, “The concept of “directed website”...”, *loc. cit.*, pp. 170 y ss. Lo que parece, como ya se verá, que finalmente no ha tenido la misma incidencia expresa en el ámbito de la responsabilidad extracontractual –aunque de manera indirecta sí se recoge la incidencia de estos criterios–. Respecto de la necesaria coordinación entre instrumentos comunitarios en este sentido, *vid.* B. Haftel, “Entre Rome II et Bruxelles I: L’interprétation communautaire uniforme du règlement Rome I”, *JDI*, n° 3, 2010, pp. 761-788, en esp. pp. 781 y ss.

⁶⁷⁹ Vid. Declaración del Consejo y la Comisión respecto de los artículos 15 y 73 del Reglamento 44/2001. Esta declaración puede consultarse en *BIMJ*, n.º 1888, 2001, pp. 848-849.

no constituye un elemento pertinente”.⁶⁸⁰

4.- Concreción del lugar del daño como fuero de competencia en los sistemas de fuente interna

47. Fuera del sistema RBI/CL la reglamentación de la competencia judicial internacional en esta materia extracontractual presenta importantes diferencias en los regímenes de fuente interna. La distinta aproximación de la cuestión -en particular cuando el medio utilizado para el daño sea Internet- para fundamentar la competencia de sus tribunales en los sistemas nacionales merece un análisis comparado. Para ello, en primer lugar se abordará la cuestión desde el punto de vista del régimen general español -que no plantea grandes diferencias con el sistema RBI, por el reflejo de la doctrina del TJUE en la jurisprudencia española- para luego centrarse en la respuesta que los sistemas del *common law* están dando en estos casos. Este último análisis parece justificado desde el punto de vista que la jurisdicción en los sistemas de la familia jurídica del *common law* se configura de una manera totalmente distinta a cómo se hace en los sistemas continentales del *civil law* -a la que pertenece la mayoría de Estados europeos-.

A) El art. 22.3 LOPJ

48. La previsión del *forum delicti commissi* contenido en el art. 22.3 LOPJ plantea problemas de interpretación particulares, derivados de la propia redacción del precepto. Serán competentes los tribunales españoles en materia de obligaciones extracontractuales “cuando el hecho de que derivan haya ocurrido en territorio español”. La utilización del término “hecho” no debe interpretarse en el sentido que únicamente cuando el evento generador del daño se haya llevado a cabo en territorio español otorgará el art. 22.3 LOPJ competencia a los tribunales españoles, sino que pueden ser competentes tanto si el hecho generador o la materialización del daño tienen lugar en

⁶⁸⁰ No obstante, sí se sigue con la tendencia de cierta jurisprudencia nacional, como es el caso de la actual jurisprudencia estadounidense, la celebración efectiva de estos contratos con consumidores a través de medios alternativos facilitados por la página *web*, ha de considerarse en este ámbito como la prueba de la existencia de efectos reales de la actividad de la página en el territorio del Estado para que los tribunales de este país puedan declararse competente.

territorio español. Al igual que ocurre en los texto internacionales analizados, se echa en falta un criterio de opción entre los dos lugares indicados, dado que ambos presentan una conexión razonable con el litigio desde el punto de vista procesal y material⁶⁸¹. Existen motivos para argumentar la misma solución interpretativa para el art. 22.3 LOPJ que la referida para el art. 5.3 RBI/CL⁶⁸². En primer lugar, y con carácter general, desde un punto de vista literal es imposible optar por uno de los dos tribunales de forma lógica. Pero además, a idéntica conclusión se llega a través principios constitucionales que inspiran el sistema autónomo, en particular el principio de tutela judicial efectiva⁶⁸³ y la protección de los derechos de la personalidad consagrados en el art. 18 CE⁶⁸⁴. Todo ello conduce a realizar una interpretación extensa del *forum delicti commissi* del art. 22.3 LOPJ según la cual los tribunales españoles serían competentes tanto si el acto

⁶⁸¹ Se ha señalado por la doctrina que los problemas de interpretación de este precepto no están resueltos, si bien, a propósito del art. 10.9 Cc, que contiene la norma de conflicto para la concreción del Derecho aplicable en supuestos de responsabilidad extracontractual y que tiene idéntica redacción que el art. 22.3 LOPJ. Cf. L. Garau Juaneda, "Obligaciones extracontractuales", en J. D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado*, parte especial, 4a ed. rev., Madrid, 1991, pp. 291-332, es esp. p. 294; *id.* "Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito civil", en C. Jiménez Piernas, *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado*, Alicante, AEPDIRI, 1990, pp. 403-445, en particular p. 405.

⁶⁸² A propósito del anterior CB 68, a favor de la misma interpretación, M. A. Amores Conradi, "art. 10.9", *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, (Dir. J. Albaladejo/S. Díaz Alabart), Madrid, 1991, pp. 127-130, en esp. p. 128; *id.* "La nueva estructura...", *loc. cit.*, p. 133; L. Garau Juaneda, "Las fuentes...", *loc. cit.*, pp. 421-422; A. Borrás Rodríguez, "Los supuestos de tráfico privado internacional en los medios de comunicación social", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1985, pp. 373-401, en esp. p. 400; J. L. Iglesias Buhigues y M. Desantes Real, "La competencia judicial internacional en el proyecto de LOPJ. Diferencias básicas con el Convenio de Bruselas de 1968", *IX Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, San Sebastián, 1985, pp. 5-29, en esp. p. 16.

⁶⁸³ Consagrado en el art. 24.1 CE, dotado con la máxima tutela constitucional, y que es entendido como el derecho de acceso a la justicia. De lo que se deduce la necesidad de atribuir a los tribunales españoles un volumen de competencia judicial internacional suficiente para evitar las situaciones de indefensión. Cf. M. A. Amores Conradi, "La nueva estructura...", *loc. cit.*, p. 117; J. C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 89-90.

⁶⁸⁴ Siendo uno de los derechos reconocidos como fundamentales del Capítulo I del Título I de la CE, goza de la máxima protección constitucional. Por lo que existe una argumentación lógica por la que este principio debe servir de guía en la interpretación de las disposiciones relativas a los derechos de la personalidad y por lo tanto, del fuero del art. 22.3 LOPJ en materia de obligaciones extracontractuales cuando se trata de responsabilidad derivada de lesiones a estos derechos.

causal hubiera tenido lugar en territorio español como si el daño se hubiera materializado en España⁶⁸⁵. Resulta imposible desde el punto de vista lógico optar por uno de los dos lugares como criterio de conexión, pues es preferible una interpretación amplia de la norma de competencia para satisfacer el derecho de acceso a la justicia y garantizar al mismo tiempo la tutela de esos derechos fundamentales. Si los tribunales españoles se declaran incompetentes en un supuesto en el que el lugar de origen o de materialización del daño -según se optara por uno u otro- fuera en territorio español, se obligaría al demandante a litigar en el extranjero aunque el asunto tuviera suficiente conexión con España. Esto conlleva dificultades adicionales de acceso a la justicia que no deberían darse si el asunto tiene suficiente conexión con el foro, ya sea por el lugar de origen o de materialización del daño. Ahora bien, todo ello no quiere decir que si se optase por una interpretación distinta a la referida pudiera dar lugar a un supuesto de indefensión que justificara el recurso de amparo ante el TC contra la resolución judicial que denegase la competencia de los tribunales españoles para conocer. Pero lo que sí se puede argumentar es que una interpretación restrictiva del art. 22.3 LOPJ no procura la satisfacción adecuada del art. 24.1 CE. Además, esta postura es la que puede observarse en la práctica comparada cuando se trata de determinar la competencia judicial internacional de sus tribunales en litigios sobre derechos de la personalidad, como así ocurre por ejemplo en Francia⁶⁸⁶.

49. Además de los propios criterios y principios constitucionales en los que pueden fundamentarse esta interpretación amplia, a la misma solución puede llegarse si se toma como referencia la tendencia de los textos europeos: el RBI y el CL. Aunque no existen convenios internacionales en materia de derechos de la personalidad, los principios relativos a la competencia internacional previstos en los estos textos internacionales pueden servir como criterio interpretativo a los tribunales españoles. Por lo que podrían ser tomados en consideración como norma narrativa, no vinculante,

⁶⁸⁵ Lo que apoya la interpretación de este criterio de competencia basada en el principio *favor laesi*.

⁶⁸⁶ En este sentido P. Bourel considera en relación con los daños a la intimidad que si en un asunto de este tipo los tribunales franceses no se declaran competentes para conocer tanto si es Francia el lugar del acto originario como el lugar de materialización del daño la situación se aproximaría a la denegación de justicia (cf. Nota a Sentencia TGI de París de 18 de abril de 1969, asunto *Mitsouko*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1971-2, pp. 281-294, en particular pp. 288-289).

sino orientadora para resolver los problemas que plantee el art. 22.3 LOPJ. Además, hay que tener en cuenta que el CB tuvo una gran influencia en la elaboración de la LOPJ, por lo que la interpretación del art. 5.3 debería tenerse en consideración. La LOPJ fue redactada sobre la base de las disposiciones de competencia recogidas en el CB y con la finalidad de incorporar aquél convenio en el sistema español. Lo que se pretendía era que los tribunales españoles utilizasen normas similares a las del CB y, consecuentemente, se declarase competente en los mismos supuestos, fuera o no de aplicación el CB⁶⁸⁷ (ahora RBI).

En materia no contractual el art. 22.3 LOPJ introdujo una disposición de redacción prácticamente idéntica al art. 5.3 CB, si bien matizada con el fin de hacer coincidir el *forum* y el *ius*. Esto supuso la introducción en la normativa autónoma de este precepto genérico y de toda su problemática. Por lo que con el objeto de reducir los problemas de interpretación de la LOPJ⁶⁸⁸, en aplicación de este criterio, se posibilita la incorporación por los tribunales españoles de la jurisprudencia del TJUE asentada en interpretación del 5.3º. En este sentido, puede referirse la influencia natural que la jurisprudencia *Shevill* -y ahora también *eDate Advertising*- ejerce en la aplicación del art. 22.3 LOPJ. La solución *Shevill/eDate* debe deducirse por los tribunales españoles de los principios que inspiran el sistema autónomo. Tiene especial incidencia en el régimen general, al igual que en el sistema RBI/CL, el principio de proximidad que -como ya se ha señalado previamente- conduce a la competencia limitada de los tribunales españoles como lugar del daño. En la misma línea, si se analiza esta solución desde la perspectiva del principio del *favor laesi* también resulta positiva, pues no reduce las posibilidades de opción del perjudicado. Aunque sería más favorable para la víctima que pudiera elegir libremente sin límite de extensión de competencia entre los distintos lugares del daño, pero ha de conjugarse el principio *favor laesi* con la posible admisibilidad general

⁶⁸⁷ La indiscutible inspiración del CB sobre la LOPJ ha sido reconocida sin discusión por la jurisprudencia nacional española desde el principio. En este sentido, puede verse la SAP de Palma de Mallorca de 13 de octubre de 1988, según la cual “la LOPJ ha seguido el criterio de intentar, en la medida de lo posible, superar las dificultades que nuestra incorporación al Convenio de Bruselas podrá ocasionar (...)” (*REDI*, 1989-119-Pr., y nota de A. Borrás Rodríguez).

⁶⁸⁸ La tendencia a la reducción de los espacios libres a la interpretación jurisprudencial se deriva de la incidencia del derecho a un juez predeterminado por ley del art. 24.2º CE (*vid.* M. A. Amores Conradi, “La nueva estructura...”, *loc. cit.*, p. 117 y J. C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional...*, *op. cit.* pp. 89-90).

del *forum actoris* y el peligro del *forum shopping* (en presencia en caso de admitirse la libre elección del tribunal competente). En definitiva, la única solución que es admisible, en atención al principio fundamental de proximidad, es la limitación de la competencia del tribunal del daño, al igual que en el sistema RBI/CL. Ahora bien, puede anticiparse aquí que la solución de la competencia limitada del sistema RBI no resulta satisfactoria para este tipo de supuestos, y en este sentido se propone una interpretación del criterio del 22.3 LOPJ en los mismos términos que la que ofrecida para el RBI: competencia universal para los tribunales españoles si España es el lugar del establecimiento del editor/emisor de contenidos o el lugar del centro de intereses de la víctima⁶⁸⁹.

50. La doctrina *Shevill* ha tenido su reflejo directo en la jurisprudencia nacional⁶⁹⁰, en particular a lo que se refiere a la concreción del lugar del daño allí donde la víctima es conocida, pues es donde tiene su reputación. Y se ha utilizado este criterio tanto para reconocer competencia a los tribunales españoles por ser el lugar del domicilio del perjudicado, por ejemplo la SAP de las Palmas, Secc. 3ª, de 20 de enero de 2004⁶⁹¹ -a los efectos del art. 5.3-; como para denegar dicha competencia, en este sentido resulta de especial interés la SAP de Baleares de 27 de noviembre de 2000⁶⁹² - con base en el art. 22.3º LOPJ-. En esta última sentencia se declaró la falta de competencia de los tribunales españoles en un supuesto de captación de fotografías con invasión de un domicilio sito en España, si bien ni el demandante (titular del derecho lesionado) ni el demandado (empresa editora de un periódico) estaban domiciliados en España, y la noticia fue difundida en primer lugar, y primordialmente, en un país extranjero (Reino Unido), divulgándose en inglés; lo que llevó al tribunal a considerar que donde se causó el posible daño al demandante fue en aquél país extranjero. Si este mismo supuesto se hubiera planteado ante los tribunales españoles a la luz del RBI el resultado hubiera sido distinto. En aplicación de la doctrina *Shevill* el tribunal español

⁶⁸⁹ Vid. *Infra.* apartados 78-79. En este mismo sentido se muestra E. Torralba Mendiola, “La difamación...”, *loc. cit.*, p. 21.

⁶⁹⁰ Previsiblemente lo mismo ocurrirá con los criterios de interpretación del lugar del daño establecidos en la sentencia *eDate Advertising* para las lesiones de los derechos de la personalidad derivados de la publicación y difusión e informaciones en Internet.

⁶⁹¹ *Loc. cit.*, *supra*.

⁶⁹² *Actualidad Civil*, núm. 7/2002, de 11 a 17 de febrero de 2002.

tendría competencia para conocer del asunto en relación con los ejemplares del periódico inglés distribuidos en España.

Pero no solo la doctrina *Shevill* ha tenido incidencia en la interpretación y aplicación del fuero del 22.3 LOPJ para otorgar competencia a los tribunales españoles como *lugar del daño*, ya que otras decisiones del Tribunal de Luxemburgo han incidido en este ámbito. Así, la solución sobre la falta de competencia del tribunal de las secuelas posteriores o indirectas del daño por la jurisprudencia TJUE⁶⁹³ se ha alegado respecto del sistema autónomo por entenderse acorde con sus principios –aunque también se han manifestado posiciones contrarias⁶⁹⁴-. Son varias las razones que permiten extrapolar esta solución en el ámbito de aplicación del sistema autónomo español. En primer lugar, la propia dicción literal de la LOPJ apoya la idea de que el lugar del daño indirecto o sobrevenido no es válido para determinar la competencia judicial internacional. La expresión que utiliza este texto es clara y no parece que permita otra interpretación: “el lugar donde el hecho dañoso se hubiere producido”. Al igual que ocurre en el sistema RBI/CL, esta expresión se refiere claramente al lugar donde se produce el daño inicial, ya que el lugar donde el daño ha sobrevenido (RBI/CL) o donde se ha producido (LOPJ) no significa lo mismo que lugar donde el daño se sufre. Esta última expresión puede significar otorgar competencia al tribunal del daño posterior, en tanto que se refiera a un daño que se piensa como duradero y que puede ser localizado en lugar diferente al de su nacimiento. Mientras que las expresiones anteriores únicamente hacen referencia a un daño que se sufre de forma inmediata⁶⁹⁵. En segundo lugar, a la misma solución se llega de conformidad con el principio de proximidad. Este principio no

⁶⁹³ Vid asuntos *Dumez y Marinari*, *loc. cit.*.

⁶⁹⁴ En esta línea, J. M. Espinar Vicente ha interpretado el art. 22.3 LOPJ en el sentido que otorga competencia al tribunal donde la conducta se ha realizado, al de manifestación del daño y al del ámbito jurídico en que se ha producido el desequilibrio físico, moral o patrimonial (*cf. Curso de Derecho internacional ..., ob. cit.*, p. 115).

⁶⁹⁵ Cf. P. Bourel, “Du rattachement...”, *loc. cit.*, p. 362. Para fundamentar su postura echa mano de la práctica nacional francesa. Pues precisamente la expresión “lugar donde el daño es sufrido” (*lieu où le dommage est subi*) es la que se recogía en el antiguo art. 46.3 del Código de Procedimiento Civil francés y su aplicación resultó confusa y fue utilizada en el sentido que reconocía competencia al *forum actoris*. En consecuencia tal expresión fue modificada por la “del lugar donde el daño ha sido sufrido” (*lieu où le dommage a été subi*), resultando más clara y con un menor margen para las interpretaciones (*ibid.*, pp. 375-376).

permite dar competencia al tribunal del daño posterior o indirecto. Este lugar no presenta ningún estrecho vínculo con el litigio salvo que coincida con el lugar del domicilio del demandado, en cuyo caso la base de la competencia judicial internacional sería el fuero general del domicilio del demandado. En tercer lugar, y en los mismos términos que para el CL, el principio de concentración de acciones tampoco habilita otra posibilidad. Y como ocurre en el caso de la aplicación de esta solución para el CL, aunque el principio *favor laesi* pudiera argumentarse para apoyar la solución contraria, aquí se llega a la misma conclusión que en párrafos precedentes para negar esta posibilidad.

51. Además de los problemas de aplicación que la LOPJ ha heredado al “implementar” la regla de competencia del sistema comunitario, existen problemas propios que van a complicar la operatividad del *forum delicti commissi* cuando sea utilizado como lugar del daño. Se trata en particular de los problemas de coordinación entre las normas de competencia judicial internacional y la de competencia interna. El art. 62.1 LEC señala que “en los juicios en los que se ejerciten acciones personales, será el juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación (...)”, y ha sido interpretado por el TS en el sentido de que en materia de responsabilidad no contractual la norma atribuye competencia al tribunal del acto generador⁶⁹⁶. De esta forma, si la competencia judicial internacional de los tribunales españoles se sustentó en base al *locus damni* pero el acto generador no se produjo en España y el domicilio del demandado tampoco se encuentra en este territorio se plantea la cuestión de concretar el tribunal interno competente. La solución es determinar la primacía de los criterios de competencia internacional sobre los de competencia interna, y buscar la adaptación de las normas de competencia territorial a la competencia internacional. Cuando la LOPJ otorga competencia judicial internacional a los tribunales españoles pero no es posible identificar el tribunal territorialmente competente, se está ante un problema clásico al que la LEC 1/2000 ha previsto dos posibles soluciones: por un lado -con carácter general-, las soluciones previstas en el art. 50 LEC y, por otro, en relación con ciertos pleitos específicos el art. 52 LEC establece soluciones concretas. Entre los litigios específicos, previstos se encuentran los “juicios sobre derecho al honor, a la intimidad

⁶⁹⁶ En esta línea, para una análisis jurisprudencial del asunto, vide, M. Carlón Ruiz, *Competencia territorial...*, ob.cit., pp. 86-91.

personal y familiar y a la propia imagen y, en general, en materia de protección civil de derechos fundamentales”, en los que será territorialmente competente el juez del domicilio del demandante y, en su defecto, se estará al tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate (art. 52.b) LEC)⁶⁹⁷.

Para concluir con la delimitación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en base al sistema de fuente interna, aunque no venga referido exclusivamente a los supuestos de ilícitos contra los derechos de la personalidad, sino como último recurso y de forma exclusiva para aquellos casos en los que efectivamente no resulte posible determinar el domicilio del demandado⁶⁹⁸, y no exista otro fuero que atribuya competencia a los tribunales españoles para entrar a conocer (en particular, al no poder determinar España como lugar del hecho dañoso o del daño), puede plantearse la posibilidad de acudir al fuero de necesidad si existen suficientes conexiones con el supuesto (art. 24 CE). En esta materia en la que están en conflicto derechos que son considerados como fundamentales en el sistema español, el eventual recurso al fuero de necesidad podría estar justificado cuando entre el litigio y el ordenamiento jurídico español existiera un nexo suficiente que exigiera la posibilidad de que los tribunales españoles pudieran conocer del asunto.

B) Los sistemas del *common law*

52. Previamente al análisis de la competencia judicial internacional en los países del *common law* en base a su consideración como lugar de resultado en este tipo de litigios, ha de abordarse una serie de cuestiones necesarias para el entendimiento de la materia dentro de estos sistemas, ya que no coinciden con lo visto hasta el momento (correspondiente para los países del *civil law*)⁶⁹⁹.

⁶⁹⁷ Para un mayor abundamiento del tema, *vid.* C. González Beilfuss, “La adaptación de las normas de competencia territorial: arts. 50, 52 y 54 nueva LEC”, *AEDIPr.*, núm. 1, 2001, pp. 339-363.

⁶⁹⁸ Siempre que existan suficientes datos acerca del demandado que justifiquen la interposición de la demanda. *Cf.* P de Miguel Asensio, *Derecho privado...*, *ob. cit.*, p. 456.

⁶⁹⁹ Sobre la competencia judicial internacional de la jurisdicción estadounidense, véase G. B. Born, *International Civil Litigation in United States Courts*, 3ª ed., Netherlands, 1996.

La competencia judicial internacional en los sistemas del *common law* viene enmarcada en lo que se denomina la jurisdicción personal (*personal jurisdiction*)⁷⁰⁰ o potestad jurisdiccional para conocer. La soberanía estatal es limitada y consecuentemente habrá de establecerse hasta dónde se extiende y en qué supuestos⁷⁰¹. Existe dos tipos de jurisdicción personal: jurisdicción general y jurisdicción específica⁷⁰² -que no coinciden necesariamente con los denominados fueros generales y especiales utilizados por los instrumentos internacionales analizados-. Se habla de jurisdicción general cuando ésta se fundamenta en que el demandado tiene numerosas conexiones con un Estado en particular, que son tan sustanciales y de una naturaleza tal que justifican demandarle por sus distintos actos ante aquel foro⁷⁰³. Mientras que la jurisdicción especial se refiere al “poder” de los tribunales de un Estado concreto en relación con un caso específico⁷⁰⁴.

Para establecer la jurisdicción de sus tribunales cada Estado establece los requisitos que considera necesarios para asegurar que el litigio está vinculado con el foro. Por ejemplo, en el Derecho norteamericano para poder establecer una jurisdicción específica deben satisfacerse tres elementos: 1) las actividades del demandado deben estar dirigidas conscientemente al foro, de manera tal que conscientemente se aproveche del privilegio de dirigir cada una de sus actividades allí; 2) la reclamación debe presentarse, surgir de o en relación a las actividades del demandado en el foro, y, 3) el ejercicio de la jurisdicción “debe ser razonable”⁷⁰⁵. Para el caso de Inglaterra, Irlanda del

⁷⁰⁰ Que se refiere a la autoridad legal de los tribunales para “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” sobre las partes en una acción (Cf., D. Bender, “Jurisdiction in Cyberspace”, *PLI Pat. Copy., Trademarks & Literary Prop. Course Handbook*, 2000, pp. 27-83, en esp. p. 34). Véase también, H. B. Stravitz, “Personal Jurisdiction in Cyberspace: Something More Is Required on the Electronic Stream of Commerce”, *S.C. L. Rev.* vol. 49. 1998, pp. 925-942, p. 939.

⁷⁰¹ El *Fourteenth Amendment* estadounidense limita la soberanía estatal sobre los demandados no residentes para proteger y ejecutar derechos privados. *Vid. Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714, 733 (1877); J. S. Burns & R. A. Bales, “Personal jurisdiction and the Web”, *Me. L. Rev.*, vol. 53, 2001, pp. 29- 52, en esp. p. 33.

⁷⁰² *Vid.* G. M. Perry, “Personal Jurisdiction in Cyberspace: Where Can You be Sued, and Whose Laws Apply?”, *Media L. & Policy*, Vol. VII, No. 1, 1998, pp. 1-13, en particular p. 3.

⁷⁰³ *Cf. Intl. Shoe Co. V. Washington*, 326 U.S. 310, 318 (1945).

⁷⁰⁴ Que en comparativa con la jurisdicción general presenta un “mínimo contacto” con el Estado en cuestión. *Cf.* G. M. Perry, *loc. cit.*, p. 2.

⁷⁰⁵ *Cf. Tech Heads, Inc. v. Desktop Serv. Ctr., Inc.*, 105 F. Supp. 2d 1142, 1147 (2000).

Norte y Australia, las reglas de *common law* sobre la jurisdicción establecen como requisitos (alternativos) para que no se ponga en marcha el principio del *forum non conveniens*⁷⁰⁶ y sus tribunales ejerciten su jurisdicción: a) que el demandado se encuentre presente dentro de la jurisdicción; b) el sometimiento voluntario a la jurisdicción del tribunal por el demandado o c) cuando el tribunal lo autoriza (en supuestos muy concretos bajo las reglas procedimentales aplicables)⁷⁰⁷.

53. Además de los requisitos anteriores, se tienen en cuenta otros condicionantes que van a depender del país donde se quiera litigar⁷⁰⁸. En el Derecho americano para decidir si un tribunal cuenta con jurisdicción personal sobre un demandado debe, en primer lugar, considerar los requerimientos del estatuto obligatorio del Derecho del foro (*the long-arm statute*) en ese Estado, incluso si el demandado tuviera una conexión mínima allí⁷⁰⁹. Si no se cumplen los requerimientos para el ejercicio de la jurisdicción estatal los tribunales no podrán afirmar su jurisdicción⁷¹⁰. Una vez verificados los

⁷⁰⁶ Principio al que está sujeta la jurisdicción. Sobre la incidencia de este principio en la jurisdicción inglesa (incluyendo Irlanda del Norte y Australia), con ilustrativa jurisprudencia al respecto, *vide*, M. Collins, *The Law of Defamation...*, *loc. cit.*, pp. 349-367. Este criterio o principio también aplicable fuera de Europa, por ejemplo en Israel, *vid.* G. J. H. Smith, *Internet Law...*, *ob. cit.*, pp. 314-315. E incluso hay países que no lo reconocen, por ejemplo Suiza (*ibid.*, pp. 341-342). La aplicación de esta doctrina en EEUU difiere en relación con los Estados pertenecientes al *common law* tradicional, ya que en la práctica es posible que se aplique ésta de manera muy diversa dentro de los propios Estados de la Unión. Para un análisis de las particularidades propias del sistema estadounidense en la aplicación de esta doctrina, en particular en lo que respecta a los litigios por difamación en los que haya intervenido Internet, *vid.* D. J. B. Svantesson, *Private International Law and the Internet*, La Haya, 2007, pp. 151-153.

⁷⁰⁷ Para ver los supuestos en los que cabe esa autorización judicial del ejercicio de la jurisdicción para supuestos que no cumplen ninguno de los requisitos anteriores, lo que se denomina en general como “*service outside the jurisdiction*”.

⁷⁰⁸ No todos los países anglosajones comparten las mismas normas y por lo tanto los procedimientos y requisitos para el reconocimiento de la jurisdicción son distintos. Para esta primera aproximación del tema se ha cogido como ejemplo el Derecho estadounidense; si bien, para el análisis pormenorizado de la cuestión de la jurisdicción en los ilícitos internacionales contra los derechos de la personalidad se tomará como referencia el sistema inglés (lo que incluye Inglaterra, Wales, Irlanda del Norte y Australia).

⁷⁰⁹ Cf. R. A. Bales, S. Van Wert, “Internet Web Site Jurisdiction”, *John Marshall J. of Comp. & Info. Law*, vol. XX, nº 1, 2001, pp. 21-56, en esp. p. 24.

⁷¹⁰ *Ibidem*.

elementos del estatuto, el tribunal debe considerar los requisitos del *due process* de la Constitución (lo que puede traducirse en el proceso debido). El tribunal realiza un análisis en dos pasos para ello. El *due process*⁷¹¹ requiere que el demandado 1º haya establecido una mínima conexión cierta con el foro tal que 2º la continuidad de la acción no atente contra las nociones tradicionales de proceso justo y justicia material⁷¹² - lo que podría traducirse en una jurisdicción razonable-. Para poder establecer que el demandado cumple con ese mínimo contacto exigido (también conocido como lo que puede traducirse como “consciente aprovechamiento” -*purposeful availment*-), el tribunal deberá tener en consideración la naturaleza de las conexiones que el demandado tiene con el foro y, posteriormente, si existe correlación entre estas conexiones y la causa de la acción que se ejercita⁷¹³. En lo que se refiere a la razonabilidad de la jurisdicción, exige para el tribunal un nuevo paso de análisis, en el que tendrá en cuenta cinco factores: “a) la carga del demandado; b) las jurisdicciones en conflicto (con interés en conocer del litigio); c) el interés del demandante en obtener de forma efectiva reparación del daño; d) el interés del sistema judicial del foro en obtener la resolución más efectiva del litigio, y e) los intereses compartidos de varios Estados de ir más lejos en las políticas sociales fundamentales”⁷¹⁴.

A todo ello ha de añadirse la posible coexistencia de distintas jurisdicciones cuando se tratan de Estados plurilegislativos o complejos. Esto se traduce en potenciales conflictos internos de jurisdicciones (o conflictos interregionales). Aunque para los propósitos del DIPr Inglaterra (incluyendo Wales), Escocia e Irlanda del Norte son jurisdicciones distintas, la ley reguladora de la difamación⁷¹⁵ (como principal lesión de los derechos de la personalidad) en cada uno de estos lugares es muy similar⁷¹⁶, por lo

⁷¹¹ Para un estudio pormenorizado del desarrollo jurisprudencial de EEUU del *due process test*, véase, R. A. Bales, S. Van Wert “Internet Web Site...”, *loc.cit.*, pp. 25-27.

⁷¹² Cf., asunto ya referido, *Intl. Shoe*, 326 U.S., ap. 316.

⁷¹³ Vid., asunto *Burger King Corp. v. Ruzewicz*, 471 U.S. 462, 475 (1985); y asunto ya referido *Burns*, *loc. cit.*, apartados 34-35.

⁷¹⁴ Cf. asunto *Burger King*, *ibid.*, apartado 476.

⁷¹⁵ Que como se verá no solo reglamenta cuestiones de naturaleza material sino también procedimental que inciden directamente en la competencia judicial internacional de sus tribunales.

⁷¹⁶ Aunque existen ciertas diferencias sustantivas entre las leyes sobre difamación de Inglaterra y Escocia, estas diferencias han sido remarcadas realmente en muy pocos casos. En este sentido, véase, K. M. Norrie, *Defamation and Related Actions in Scots Law*, Reino Unido, 1995, Capítulo 13. Y más

que la concreción de la posible jurisdicción competente de entre ellas no debería conllevar resultados excesivamente dispares. Mayores problemas plantea el contexto australiano. Cada Estado australiano y territorio (*Territory*) es una jurisdicción diferente, con distintas leyes sobre difamación⁷¹⁷. Todo ello se traduce en que los tribunales australianos tienen que lidiar constantemente con casos de difamación intra-Australia (interregionales), a lo que además el aislamiento geográfico de este continente ayuda⁷¹⁸.

54. Pero todas estas operaciones que debe realizar el tribunal antes de declarar su competencia judicial internacional, se ven complicadas cuando se trata de litigios donde interviene Internet⁷¹⁹. Al igual que ocurre en el sistema RBI/CL, los regímenes autónomos optan por criterios atributivos de competencia típicamente territoriales, que hacen referencia bien a ciertos actos (como el lugar de celebración del contrato, lugar de cumplimiento de la prestación que sirve de base a la demanda o, en lo que interesa, lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso), o bien a los participantes –por ejemplo, lugar de domicilio-. Consecuentemente, en el contexto virtual estas referencias territoriales dificultan la concreción de tales criterios respecto de las actividades desarrolladas en este medio⁷²⁰, al menos *a priori*.

Esto ha supuesto que una parte muy importante de estos litigios lo conforman los casos relacionados con publicaciones y el mantenimiento de un sitio *web*, y si realmente los tribunales pueden sujetar a la jurisdicción personal al propietario-operador de la

recientemente, *vid.* el asunto *Lennon v Scottish Daily Record and Sunday Mail Ltd* (2004) EMLR 18.

⁷¹⁷ El derecho sobre difamación está codificado en Queensland y Tasmania, y está sustancialmente modificado por la legislación en New South Wales y el Australian Capital Territory, y en su mayor parte por el *common law* en Victoria, y los Territorios de South Australia, Western Australia y Northern Australia.

⁷¹⁸ Hasta hace poco las publicaciones australianas estaban en la mayor parte solo disponibles en el continente australiano; lo que ha cambiado radicalmente con Internet, además de la televisión por cable, con diferentes canales internacionales, televisión por satélite y, claro está, la difusión *online* de estos contenidos a tiempo real o en diferido.

⁷¹⁹ *Vid.* H. B. Stravitz, “Personal Jurisdiction in Cyberspace: Something More Is Required on the Electronic Stream of Commerce”, *S.C. L. Rev.* vol. 49. 1998, pp. 925-942; y E. D. O’Loughlin, “The Times They Are A-Changin’: Personal Jurisdiction in Cyberspace”, *Mo. L. Rev.* vol. 66, 2001, pp. 623-648.

⁷²⁰ Por su alcance mundial por definición.

página *web*⁷²¹. Para dar solución a estos problemas, los tribunales han tratado de buscar un marco de trabajo o de caracterización propia para este medio con el que trabajar y aplicar eficazmente sus decisiones, de forma que permitan a los usuarios de Internet ajustar sus conductas⁷²² -en términos de previsibilidad-. Ante un medio como Internet, en continuo cambio, se trata de establecer un estándar uniforme que pueda ser aplicado por los tribunales. La práctica jurisprudencia es muy variada y se han utilizado distintas y cambiantes aproximaciones para concretar su competencia en casos relativos a Internet. Pero en todas ellas existe un denominador común: la utilización de reglas tradicionales para establecer la jurisdicción personal. El resultado de la aplicación de reglas tradicionales a un medio no tradicional es que, en líneas generales, no existe previsibilidad para los propietarios y operadores de los sitios *web*, ya que desconocen si están o no sujetos a una jurisdicción en particular y, consecuentemente, dónde podrían ser demandados⁷²³. En los siguientes párrafos se intentará reflejar cómo en el sistema autónomo inglés se ha aproximado el problema de la determinación del lugar del daño para establecer su jurisdicción (con referencias a otros sistemas anglosajones en una visión comparativa). Entre los supuestos que se manejan se hace especial hincapié en los daños causados en la red por su actualidad.

55. En términos generales, en materia de daños extracontractuales (*torts*) la competencia de los tribunales ingleses vendrá determinada o bien porque el daño fue sustanciado dentro de su jurisdicción o bien porque el daño sea el resultado de un acto cometido dentro de su jurisdicción (r 6.20 CPR)⁷²⁴. Una de las reglas tradicionales de

⁷²¹ Vid. B. E. Daughdrill, "Personal jurisdiction and the Internet: Waiting for the other Shoe to Drop on First Amendment Concerns", *Mercer L. Rev.*, vol. 52, 1999-2000, pp. 919-943.

⁷²² Cf. R. A. Bales; S. Van Wert, "Internet Web Site...", *loc. cit.*, p. 21.

⁷²³ Vid. H. B. Stravitz, "Personal Jurisdiction...", *loc. cit.*, pp. 934 y ss., y E. D. O'Loughlin, "The Times They..., *loc. cit.*, pp. 623 y ss; y D. L. Scott, "Personal Jurisdiction in Cyberspace: The Constitutional Boundary of Minimum Contacts Limited to a Web Site", *John Marshall J. of Comp. & Info. Law*, vol. XV, n° 4, 1997, pp. 819- 854.

⁷²⁴ Vide, *The Civil Procedure Rules 1998 of the Supreme Court of England and Wales, Statutory Instrument 1998 No. 3132 L.17*), en adelante CPR, y la regla r 6. 20; que han sustituido a las *Rules of the Supreme Court, Order 11 (en adelante RSC Ord. 11, r 1)*. En particular, las reglas de competencia sobre daños se encuentran en CPR, r 6.20 (8); anteriormente Ord. 11, r 1 (1) (f) RSC. La regla 6.20 (8) con su nueva redacción elimina los problemas terminológicos que su predecesora causaba en la práctica, la cual se refería a un daño cometido dentro de la jurisdicción ("*a tort committed within the jurisdiction*"). Al

common law establece que una acción personal no podrá incoarse contra un demandado salvo que se encuentre dentro de la jurisdicción. La regla 6.20 permite el ejercicio de la jurisdicción para demandados fuera del territorio (*service out of the jurisdiction* o *service of a claim form out of the jurisdiction*) en ciertos casos, y en todos ellos el ejercicio de la jurisdicción a demandados fuera del territorio es por autorización de propio tribunal (en lo que se denomina el ejercicio de su discrecionalidad)⁷²⁵.

Antes de analizar la aplicación de la r 6.20 (8) es necesario abordar ciertos problemas de calificación que van a condicionar su aplicabilidad. Dejando al margen las cuestiones relativas a la calificación de la acción dentro de los *torts* (fundamentada o basada en un *tort* ⁷²⁶), si la reclamación se fundamenta en lo que en el Derecho inglés es una *tort*, claramente deberá ser clasificado como dañoso (*tortious*) a efectos de competencia. Y esto engloba tanto los casos en los que el demandante fundamenta su reclamación en el Derecho inglés de daños como en una causa de acción extranjera que sea conocida para el Derecho inglés (como ocurre por ejemplo con la negligencia en el Derecho de Nueva York). Sin embargo, con la incorporación de la *statutory tort choice of law rules*⁷²⁷ por un lado, y la normativa comunitaria sobre Derecho aplicable en materia de obligaciones extracontractuales (fundamentalmente, RRII), significa que los tribunales ingleses podrían conocer de acciones por lesiones a los derechos de la

respecto véase, asunto *Distillers Co (Biochemicals) Ltd v Thompson* (1971) AC 458. El problema de la concreción del lugar donde el daño es cometido incide tanto en el sector de competencia como de Derecho aplicable (cf. P. Kaye, “Place of commission of International Torts: The Substance Test and its Extension to Double Locality”, en S. A. M. McLean (ed), *Compensation of Damage: An International Perspective*, Chapter 8, Aldershot, 1993, pp. 165-182). Sin embargo algunas zonas mantienen la anterior dicción, como es el caso de las Bahamas. Vide, por ejemplo, el asunto *FFSB LTD v Seward & Kissel LLP* (2007) UKPC 16.

⁷²⁵ Sobre los requisitos para el ejercicio de la *service out of the jurisdiction* prevista en la regla 6.20, en general vid J. Fawcett, *Private International Law*, ob. cit., pp. 373-377, y en particular para las *torts*, r 6.20 (8), pp. 384-390.

⁷²⁶ La responsabilidad según el Derecho inglés u otro Derecho extranjero deberá ser clasificada como dañosa (a los efectos de la aplicación de toda la reglamentación sustantiva y procedimental prevista para las *torts* en el foro). La Ord 11, r 1 (1) (f) RSC utilizaba la expresión basada (“based”), mientras que actualmente la CPR, r 6.(8) utiliza la terminología “founded”. Sobre las cuestiones de interpretación de estos textos en la jurisprudencia inglesa, véase, J. Fawcett, *Private International Law*, ob. cit., pp. 384-385 (en particular jurisprudencia referida en nota a pie n. 298 y ss.)

⁷²⁷ Section 11 y 12 de la *Private International (Miscellaneous Provisions) Act* 1995.

personalidad fundamentándose, por ejemplo, en el Derecho francés o similares. En estos casos, con una causa de acción desconocida para el Derecho inglés, ¿cómo hará el tribunal inglés para determinar si la demanda está fundada en una *tort*?⁷²⁸. El hecho de que en ese otro Estado, en cuyo Derecho se sustenta la causa de la acción, sea considerada como “*tortious*” o delictual debería considerarse como una evidencia más que suficiente. Esto sería aun más claro en los casos en los que los Estados que tienen esta causa de acción hayan, en términos generales, también adoptado esta caracterización⁷²⁹.

56. La r 6.20 (8) es clara y establece que la jurisdicción podrá corresponder a los tribunales ingleses si el daño fue sustanciado o el daño resultó de un acto cometido en Inglaterra. Estos criterios de “conexión” recuerdan a la interpretación de la regla *forum delicti commissi* del sistema RBI/CL (art. 5.3)⁷³⁰, por lo que cabría más de un paralelismo en la aplicación de estas reglas de competencia, y además en materia de responsabilidad extracontractual comparten ámbito de aplicación⁷³¹, lo que supone que habrá que delimitar cuando ha de aplicarse uno u otro sistema. Aunque también se ha manifestado, por cierta doctrina, reticencias en la aplicación de esta regla autónoma para los casos de libelo por su propia redacción, dado que en el ordenamiento inglés no se necesita probar el daño para poder ser ejercitadas estas acciones, ni tampoco soluciona todos los problemas de definición o delimitación que puedan surgir⁷³².

Con carácter previo, antes de abordar los posibles problemas de delimitación o definición que pueden surgir en la práctica en la aplicación de la regla 6.20 (8), es preciso aclarar que su redacción no permite cubrir acciones preventivas, es decir, no

⁷²⁸ Vide, en términos generales, J. Harris, “Choice of law in torts: blending in with the landscape of the conflict of laws”, 1998, 61 *Mod. L. Rev.* pp. 33-101.

⁷²⁹ Cf. J. Fawcett, *Private International Law*, *ob. cit.* pp. 384. Siguiendo la posición común recogida en el RRII (Cap. II: Ley aplicable a “los hechos dañosos” en la versión castellana, lo que en la versión inglesa se recoge como *torts/delicts*).

⁷³⁰ Pues aunque la dicción no es la misma sí que en la práctica la interpretación de estos criterios puede dar lugar a los mismos resultados: reconocer competencia al tribunal del foro cuando sea éste el lugar del daño o el de origen.

⁷³¹ Por lo que para delimitar la aplicación de una u otra regla habrá que acudir a criterio espacial del RBI/CL, es decir, en función del lugar donde el demandado esté domiciliado.

⁷³² Cf. J. Fawcett, *Private International Law...*, *ob. cit.*, p. 385.

cabe acudir a esta regla para otorgar competencia a los tribunales ingleses para conocer de medidas preventivas para evitar daños. De lo anterior puede afirmarse que esta provisión normativa está más cerca de la antigua redacción del art. 5.3 del CB⁷³³ que del actual 5.3 RBI⁷³⁴. En consecuencia, todos los problemas de aplicación de esta regla vendrán referidos a la localización de daños ya verificados. Igualmente, ha de plantearse cuándo la regla 6.20 (8) será de aplicación y cuándo el sistema RBI/CL por los tribunales ingleses, por la referida identidad en sus ámbitos de aplicación. En lo que se refiere al primer criterio de aplicación de la regla -lugar del daño verificado dentro de la jurisdicción inglesa-, se acepta que la regla 6.20 (8) sea la aplicable⁷³⁵ por ejemplo en un caso de libelo mediante publicación en Inglaterra y el demandante tiene su reputación en Inglaterra⁷³⁶. La justificación está en que el daño principal a la reputación fue sustanciado dentro de la jurisdicción⁷³⁷. Partiendo de estos presupuestos parece que se

⁷³³ Aunque el art. 5.3 CB ha sido interpretado para cubrir también amenazas de daños. En este sentido véase, el asunto C-167/00, *Verein v Henkel* (2002) ECR I-8111, y el asunto C-180/02 *DFS Torline v SEKO*, (2004) ECR I-1417.

⁷³⁴ Pero también puede verse jurisprudencia contraria a esta postura, por ejemplo, *vid.*, asunto *Beecham Group plc v Norton Healthcare Ltd* (1997) FSR 81, donde en el § 97 declara que la regla 6.20 (2) podría sin embargo ser aplicable. En términos similares, asunto *James North and Sons Ltd v North Cape Textiles Ltd* (1984) 1 WLR 1428 at 1431. También sería posible para otorgar la competencia en estos casos usar la regla contenida en la sección 25 de la *Civil Jurisdiction and Judgments Act* de 1982, para interponer una medida provisional con el fin de prevenir la amenaza de un daño en Inglaterra.

⁷³⁵ En este sentido puede verse asunto *King v Lewis* (2004) EWCA (Civ) 1329, (2005) IL Pr 1; *Dow Jones & Co Inc v Jameel* (2005) EWCA (Civ) 75 (§ 49), (2005) QB 946.

⁷³⁶ Al igual que establece la doctrina *Shevill*, en la jurisprudencia inglesa se parte de que el daño ocurre donde la buena reputación es dañada y esta lo es donde la víctima es conocida. En este sentido puede referirse sentencias dictadas por la *Irish High Court*, asunto *Hunter v Blom-Cooper* (2000) IL Pr 229, en un caso de republicación.

⁷³⁷ Por ejemplo en el asunto *Berezovsky v Michaels* (2000) 1 WLR 1004, HL, fue aceptado por el consejo que se cumplía con los requisitos exigidos (entonces por el Ord 11, r 1 (1) (f) RSC) porque el daño sustantivo fue sustanciado en Inglaterra, ya que el demandante tenía su reputación en este Estado. También en esta línea puede verse asunto *Down Jones & Co Inc v Gutnick* (2002) 210 CLR 575 (§ 46), HC de Australia, caso que será objeto de discusión posteriormente. Esto puede ponerse en relación, exclusivamente para los casos de difamación, con lo que la *Lord Lester's Defamation Bill* en su cláusula 12 exige al reclamante para que la acción por difamación pueda seguir adelante y no sea desestimada por los tribunales ingleses. El reclamante deberá probar que el material publicado le ha causado un daño sustancial a su reputación (*a) the publication of the words or matters complained of has caused substantial harm to the claimant's reputation;*), o, con carácter preventivo, que existe probabilidad de que

trataría de un supuesto de tráfico privado desarrollado exclusivamente dentro de la jurisdicción inglesa, lo que justificaría la aplicación de su regla interna sobre daños para determinar su competencia. Pero no es tan sencillo. En esta ecuación la única incógnita a despejar es el lugar de publicación y esa ahí donde se complica la cosa. Se plantea la cuestión de cuándo se entiende que la publicación tuvo lugar en Inglaterra. Esto se responderá más adelante una vez expuesta toda la cuestión mediante el análisis de la jurisprudencia. No obstante, pueden referirse ahora los supuestos de difamación por Internet para estos fines, como adelanto. En estos casos el libelo se contiene en un texto que es subido a la red en cualquier parte del mundo pero si es descargado en Inglaterra se entiende que la publicación tiene lugar en Inglaterra (se sigue el principio destino=localización)⁷³⁸. Esto conduce necesariamente a que en los supuestos en los que medio utilizado sea Internet, los tribunales ingleses tendrán siempre reconocida jurisdicción para conocer en base a su regla procedimental interna sin tener que acudir al sistema RBI/CL, aunque recaiga dentro de su ámbito de aplicación.

57. Los primeros problemas para la concreción del primer criterio de la r 6. 20 (8) y determinar si el daño se sustanció o no en Inglaterra se refieren al propio daño. En primer lugar, si el daño causado (que se toma como referencia) debe ser directo o si puede incluirse también daños indirectos⁷³⁹. Buscando paralelismos con el sistema

el daño a su reputación se produzca por esa publicación (*b) it is likely that such harm will be caused to the claimant's reputation by the publication*). Solo queda exonerado de esta carga probatoria para el supuesto de que el tribunal entienda que concurren excepcionales circunstancias en interés de la justicia que no le permitan desestimar la acción.

⁷³⁸ En esta línea, *vide*, *Godfrey v Demon Internet Ltd* (2001) QB (§§ 208 y 209); *Loutchansky v Times Newspapers Ltd* (2001) EWCA Civ 1805 (§ 58), (2002) QB 783; *King v Lewis*, *loc. cit.*; *Dow Jones & Co Inc v Jameel*, *loc. cit.* (§§ 48-49); *Down Jones & Co Inc v Gutnick*, *loc. cit.* Para Canadá, véase, *Bangoura Washington Post* (2004) 258 DLR (4th) 341; para Nueva Zelanda: *Nationwide News Pty v University of Newlands CA*, 9 de diciembre 2005. Y también puede verse, *Ashton Investments Ltd v OJSC Russian Aluminium RUSAL* (2006) EWHC 2545 (Comm), § 62, (2007) 1 Lloyd's Rep 311, en un supuesto de daños causados en Inglaterra por un Hacker (pirata) desde Rusia que accedió al servidor sito en Inglaterra.

⁷³⁹ Por ejemplo el lugar de hospitalización de la víctima como consecuencia del daño sufrido como lugar donde el daño se sustanció. Hay jurisprudencia que avala una y otra postura. A favor de una respuesta afirmativa puede verse *Booth v Phillips* (2004) EWHC 1437 (§§ 33 a 47), (2004) 1 WLR 5293. Y entre la jurisprudencia canadiense que apoya esta tesis, véase, *Vile v Von Wendt Zurich Insurance Co.* (1979) 103 DLR (3d) 356. Y también en Canadá, alegando la existencia de una conexión sustancial con

RBI/CL, la mejor postura sería afirmar que aquí el daño viene referido exclusivamente al directo, y que éste en términos monetarios sería aquel donde el acto dañoso se manifiesta para el demandante⁷⁴⁰. Pues esta es la misma definición de daño que el TJUE ha aplicado en relación con el art. 5.3 RBI. En segundo lugar, también la pluralidad de daños (al igual que ocurría en el sistema RBI/CL) incide en la determinación de la jurisdicción. Para los supuestos en los que demandante sufra una pluralidad de daños en distintos países, particularmente cuando se trata de daños de carácter económico, no es necesario que todos los daños hayan sido sustanciados dentro de la jurisdicción inglesa para que se aplique la regla 6.20 (8)⁷⁴¹. Aunque existen más cuestiones prácticas a concretar en relación con la pluralidad de daños estos vienen referidos a casos de pérdidas de carácter económico, que no es el caso de las lesiones contra los derechos de la personalidad⁷⁴², por lo que no serán analizados.

El segundo de los criterios que la regla 6.20 (8) prevé es el acto causante (origen) cometido dentro de la jurisdicción, lo que también requiere precisarse. El acto del que derivan los daños resultantes puede haber sido cometido parte dentro de la

ese lugar (del daño indirecto) -utilizando para ello el *real and substantial connection test*-. *Duncan v Neptunia Corp* (2001) 199 DLR (4th) 716, Ont. CA. En contra de reconocer la competencia en casos internacionales (donde la justificación de la jurisdicción es más difícil), al entender que no se satisface el *real and substantial connection test*, véanse: *Leufkens v Alba Tours International Inc* (2002) 213 DLR (4th) 614, Ont. CA; *Lemmex v Bernard* (2002) 213 DLR (4th) 627, Ont. CA; entre otras.

⁷⁴⁰ Vid. *ABCI (Formerly Arab Business Consortium International Finance and Investment Co) v Banque Franco-Tunisienne* (2003) EWCA Civ 205 (§44), (2003) 2 Lloyd's Rep 146; *Newsat Holdings Ltd v Zani* (2006) EWHC 342 (Comm), §§ 46 al 49, (2006) 1 Lloyd's Rep 707. También en Canadá hay jurisprudencia a favor de una regla del daño directo, entre otras, vid., *National Bank of Canada v Clifford Chance* (1996) 30 OR (3d) 746; *Booth v Phillip*, loc. cit.; *Baxter v RMC Group Plc* (2003) 1 NZLR 304, 316.

⁷⁴¹ La Corte de Apelación en el asunto *Metall und Rohstoff AG v Donaldson Lufkin and Jenrette Inc*, (1990) 1 QB 391 (§ 449), CA; resolvió que es suficiente con que algún daño relevante haya sido sustanciado en Inglaterra (§ 437). También, pero en lo respecto al Derecho aplicable (ya que se utiliza la misma conexión en las normas *common law*), puede verse *Morin v Bonhams & Brooks Ltd* (2003) EWHC 467 (Comm), § 61, (2003) 1 L Pr 25. En este caso la Corte de apelación confirmó la sentencia dictada en primera instancia que establecía como ley aplicable a la reclamación por daños el Derecho Monegasco.

⁷⁴² Por lo que al escaparse del objeto de este trabajo no se hará mayor hincapié en esta cuestión. Para un mayor abundamiento de la cuestión con análisis de la jurisprudencia más relevante en la materia, puede verse J. Fawcett, *Private International Law*, ob. cit., pp. 386-384.

jurisdicción y parte fuera. Pero de conformidad con la jurisprudencia inglesa⁷⁴³ no es necesario que todos los actos hayan sido cometidos dentro de la jurisdicción. Es suficiente con que un acto “sustancial y eficaz”⁷⁴⁴ haya sido cometido dentro de ésta, incluso si otros actos igualmente sustanciales y eficaces han sido cometidos fuera de ella. A la hora de concretar dónde el evento o acto de origen se ha cometido tendría que seguirse la doctrina establecida por el TJUE a estos efectos en relación con el art. 5.3 RBI⁷⁴⁵.

58. Además de todo lo anterior, ha de tenerse en cuenta el margen de discrecionalidad que tienen reconocidos los tribunales nacionales para aplicar la norma, lo que puede incidir en su competencia judicial internacional⁷⁴⁶. A través del ejercicio discrecional del *forum conveniens* se ha afirmado, como principio, que la jurisdicción en la cual un daño ha sido cometido es, *prima facie*, el fuero natural para resolver el litigio⁷⁴⁷. Esto supone para los casos de libelo o difamación que puede que la publicación no se haya realizado directamente en Inglaterra pero que haciendo uso de esa discrecionalidad se declaren los tribunales ingleses competentes para conocer si es que el daño se ha cometido en Inglaterra, y para ello van a utilizar el requisito de la

⁷⁴³ Asunto *Metall und Rohstoff*, loc. cit.

⁷⁴⁴ *Ibidem*.

⁷⁴⁵ Vid. *ABCI (Formerly Arab Business Consortium International Finance and Investment Co) v Banque Franco-Tunisienne*, loc cit, § 41. Por ejemplo, en un supuesto de negligencia o mala representación fraudulenta, se entenderá que el daño es resultado de un acto cometido dentro de la jurisdicción si la declaración falsa fue hecha en Inglaterra más que si fue recibida allí. Vid., *Newsat Holdings Ltd v Zani* (2006) EWHC 342 (Comm), (2006) 1 Lloyd’s Rep 707. Vid. E. Descheemaeker: “Protecting reputation: Defamation and Negligence”, *Oxford J. Legal Stud*, Vol. 29, No. 4 (2009), pp. 603-641.

⁷⁴⁶ Tal y como establecía el predecesor de la regla 6.20 (8).

⁷⁴⁷ En este sentido se pronunció la Cámara de los Lores en el asunto *Berezovsky v Michaels* (2000) 1 WLR 1004, HL. Para otros casos de *forum conveniens* en materia de libelo, véase, *Kroch v Rosell* (1937) 1 All ER 725, CA; *Shapira v Ahronson* (1998) IL Pr 587, CA; *Chadha v Dow Jones & Co Inc* (1999) IL Pr 829, CA; *Reuben v Time Inc* (2003) EWHC 1430 QB, y más recientemente, *Reuben v Time Inc* (2003) EWCA Civ 06 (§14); *Harrods Ltd v Dow Jones & Co Int* (2003) EWHC 1162 QB. Para Australia en el asunto *BHP Billiton Ltd v Schultz* (2004) 221 CLR 400, § 18 (para los magistrados CJ Gleeson, McHugh y J.J. Haydon, de la High Court de Australia), y el magistrado J. Callinan (§259) adopta el mismo principio que se estableció en el asunto *Berezovsky*.

publicación. En el asunto *Berezovsky*⁷⁴⁸ dos hombres de negocios rusos alegaron que fueron difamados por el redactor y el editor de una revista americana de negocios y presentaron demanda en Inglaterra por los daños sufridos a su reputación en Inglaterra. Se entendió que había publicación en Inglaterra porque se distribuyeron copias de la revista allí. Para la Cámara de los Lores esta publicación constituyó un daño separado el cual fue cometido en Inglaterra (lo que en el sistema RBI/CL equivaldría a *locus damni* del 5.3). Esto se tradujo en que Inglaterra era, *prima facie*, el fuero natural para el juicio. El número de copias distribuido en Inglaterra se entendió como significativo⁷⁴⁹ a los efectos de la regla 6. 20 (8)⁷⁵⁰. Esto es importante porque, como ya se anticipó, para que se pueda otorgar jurisdicción en base a esta regla es necesario que el daño cometido dentro de esta sea sustancial. Además, por la Cámara de los Lores también se tuvo en cuenta la conexión de los demandantes con el foro, declarando que estos tenían importantes conexiones con Inglaterra y, por lo tanto, su reputación debía ser protegida allí⁷⁵¹. Fue también determinante que los demandantes exclusivamente reclamaran por los daños ocasionados a su reputación Inglaterra⁷⁵² (lo que permite establecer un paralelismo con la competencia limitada que el TJUE reconoce a los *foros damni* en base al art. 5.3RBI), unido al hecho de que el tribunal en Rusia no reparó los daños a la reputación de los demandantes en el proceso que allí se incoó previamente. Siguiendo esta argumentación, si los demandantes hubieran tenido su reputación en EEUU y demandasen por los daños sufridos a aquella allí, los tribunales americanos en este mismo sentido serían competentes. En este caso en particular, la mayoría de los Lores concluyeron que Inglaterra fue el foro adecuado para el juicio, aunque también hubo voces contrarias⁷⁵³. En cualquier caso, si la publicación hubiera tenido lugar en el

⁷⁴⁸ *Loc. cit.*

⁷⁴⁹ Cf. asunto *Berezovsky*, *loc. cit.*, § 1013 (para el Lord Steyn), § 1033 (para el Lord Hobhouse).

⁷⁵⁰ Unas 1.900 copias frente a las más de 785.000 en Canadá y EEUU.

⁷⁵¹ Cf. asunto *Berezovsky*, *loc. cit.*, §§ 1014, 1033, 1016.

⁷⁵² *Ibid*, §1017, §§ 1014-1015 y § 1033.

⁷⁵³ Para ello se examinó previamente la relación entre el principio del foro natural y el test del *forum conveniens* establecido en el asunto *Spiliada* por la Cámara de los Lores (*Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd*, (1987) AC 460), según el cual el tribunal del foro no podrá conocer del asunto si existe otro tribunal, teniendo jurisdicción, que es “más apropiado” o es “más claramente el foro apropiado”. Pueden verse las distintas posturas argumentadas por los Lores en el asunto *Berezovsky*, en J. Fawcett, *Private International Law, ob. cit.*, pp. 388-390.

extranjero la respuesta no hubiera sido la misma⁷⁵⁴.

59. En relación con todo lo anterior, la jurisdicción de los tribunales ingleses viene condicionada a la existencia de una conexión lo suficientemente sustancial con el litigio para considerarlo el “mejor” foro (siguiendo la doctrina *Spiliada*) o el foro natural para conocer (según el principio del *natural forum*). En los casos de libelo internacional -cuando la publicación tiene lugar en diferentes Estados-, incluyendo los supuestos de daños por Internet, debe tomarse en consideración el contexto global a la hora de evaluar dicha conexión⁷⁵⁵. El principio del *natural forum* requiere que el tribunal determine el lugar donde el daño es cometido. En los supuestos de difamación el lugar donde el daño es cometido se identifica con el lugar donde la difamación es publicada⁷⁵⁶, pero esta regla no es fácil de establecer o aplicar cuando otros daños se han cometido en distintos lugares⁷⁵⁷. La identificación del lugar donde el daño es cometido es particularmente problemático cuando éste se produce en Internet⁷⁵⁸. Particularmente interesante en este ámbito resulta el asunto *Down Jones & Co Inc v Gutnick*⁷⁵⁹, donde el Tribunal Supremo australiano resolvió que generalmente el lugar donde el daño por difamación es cometido es donde el material difamante es descargado (*downloaded*) en el ordenador de una persona (que utilizando un navegador ha localizado y descargado la información del servidor). Por el tribunal se prefirió este criterio de localización en vez del lugar donde la información fue “subida” a la red (colgada o *uploaded*). En Inglaterra, como ya se adelantó, la práctica jurisprudencial es clara en el asunto, en

⁷⁵⁴ Difícilmente hubiera la Corte permitiría el uso de la “*service out of the jurisdiction*” inglesa si no existiera alguna conexión con el foro. *Vid.*, en este sentido, *Ruben v Time Inc*, (2003) EWCA Civ 06, § 14.

⁷⁵⁵ *Vid. King v Lewis, loc. cit.*, § 28; siguiendo la postura que previamente Lord Steyn estableció en el asunto *Berezovsky (cf. loc. cit., §1012)*

⁷⁵⁶ *Vid. Berezovsky, loc. cit.*, §1013; *Reuben v Time Inc* (2003) EWCA Civ 06 (§14); *King v Lewis, loc. cit.*, § 27. Y para Canada, a modo de ejemplo, vease, *Direct Energy Marketing Ltd v Hillson* (2000) IL Pr 102, §§ 114-115.

⁷⁵⁷ Estos casos, cuando eran resueltos de conformidad con la anterior norma Ord 11, r 1 (1) requerían que un daño hubiera sido cometido dentro de la jurisdicción. *Vid.*, por ejemplo, asunto *Diamond v Bank of London and Montreal* (1979) QB 33.

⁷⁵⁸ Véase en materia de lesión de derechos de marca por Internet, *Bonnier Media Ltd v Greg Lloyd Smith and Kestrel Trading Corp* (2002) ETMR 86.

⁷⁵⁹ *Loc. cit.*

casos de libelo por Internet el daño se entiende cometido donde se publica la información lesiva, y este lugar es el de descarga⁷⁶⁰. Consecuentemente, el uso de Internet para descargar contenidos disponibles en la red ha abierto la puerta a la jurisdicción tribunales ingleses cuando desde su territorio se pueda acceder a la información, sin más requisitos o conexión entre el foro y el litigio (hablando en términos de proximidad)⁷⁶¹. Esto supone que podrán conocer con independencia de número de descargas o de si realmente dicha información ha sido leída o no por más sujetos que el propio afectado. Esta práctica puede abrir la puerta al *forum actoris*, pues

⁷⁶⁰ Entre otras, *vid. Golfrey v Demond Internet Ltd* (2001) QB 201, §§ 208-209; *Loutchansky v Time Newspapers Ltd* (2002) QB 783 (§ 58); *Harrods Ltd Dow Jones & Co Inc* (2003) EWHC 1162 (QB), § 36; *King v Lewis*, *loc. cit.*, donde fue aceptado por las partes este criterio; *Richardson v Schwarzenegger* (2004) EWHC 2422 (QB), § 19; *Dow Jones & Co Inc v Jameel*, (2005) EWCA (Civ) 75, §§ 48-49, (2005) OB 946. Esta postura también fue refrendada por Lord Hoffmann en el asunto *Berezovsky*, *loc. cit.*, §1024. También puede verse el asunto no poco controvertido *Bin Mahfouz & Ors v Ehrenfeld & Anor* [2005] EWHC 1156 (QB) (03 May 2005), que ya fuera referido anteriormente si bien desde la perspectiva norteamericana (como tribunal requerido) no inglesa. En este caso la jurisdicción inglesa se estableció aunque el libro nunca fue publicado en Inglaterra pero dado que al menos 23 copias del libro fueron vendidas *online* en Inglaterra, y parte de su contenido estaba disponible en la web ABCnews.com accesible desde este país, todo ello abrió la puerta a la competencia de los tribunales ingleses. A lo que ha que añadir el requisito de que su reputación sufrió daños allí, dado que el demandante y su hijo tenían propiedades y negocios en Londres. Sobre todos los detalles de este caso y todo la fundamentación de la jurisdicción desde el punto de vista ingles, véase la Lord Hoffmann's Ebsworth Memorial Lecture (2010).

⁷⁶¹ En este sentido, puede referirse un reciente caso donde un jugador de críquet de Nueva Zelanda ha ganado ante los tribunales ingleses una acción de difamación -concediéndole 90.000 libras de indemnización-, por un comentario difamatorio (*tweet*) publicado en una red social (*Twitter*) por el ex presidente y comisionado de la *Premier League* india (primero en su página personal de Twitter y luego con posteriores comentarios en una página especializada en este deporte), acusándole de amañar partidos -los resultados-. Para cuantificar el daño y, en consecuencia, la indemnización se ha tenido en consideración el número de *followers* (seguidores del demandado en esa publicación concreta) y que en la página posterior sólo estuvo disponible el contenido controvertido unas pocas horas. Para su defensa se intentó la declinación de la competencia de los tribunales ingleses en ese caso - calificándolo como un ejemplo claro de "libel turismo", lo que fue contundentemente rechazado por Mr Justice Bean en su resolución ya que el caso mostraba suficientes conexiones con la jurisdicción inglesa -particularmente que el demandado reside en Inglaterra y el demandante ha estado jugando para el condado inglés durante al menos 15 años. Todos los datos sobre este caso en particular pueden verse en el artículo de J. Croft "Cricketer wins Twitter libel case", publicado en *Financial Times.com*, de 26 de marzo de 2012, (<http://www.ft.com/intl/cms/s/0/efb3726c-773c-11e1-93cb-00144feab49a.html#axzz1qJDtHse6>)

el demandante siempre preferirá demandar en su territorio y podrá hacerlo si el contenido lesivo puede descargarse *online*.

La principal crítica que puede surgir frente esta regla es la potencial falta de previsibilidad para el demandado, pues permite que sea enjuiciado en cualquier parte del mundo donde se descargue la información de la que es autor (o sin serlo, que ha puesto en circulación en Internet). La Corte de Apelación inglesa ha respondido a esta cuestión en el asunto *King v Lewis*⁷⁶², estableciendo que aquel que publica⁷⁶³ la información escogiendo como medio Internet, que es un medio global, no puede después ser “molestado” por la parte del mundo donde pueda finalmente ser demandado por difamación⁷⁶⁴. En este sentido la Corte rechazó la alegación del demandado de que la jurisdicción inglesa debería haber declinado el conocimiento del caso pues no era el lugar donde el demandado dirigía sus publicaciones (no era este lugar su objetivo)⁷⁶⁵. La Corte entendió que los objetivos del demandado eran todas las jurisdicciones en las que su texto podía ser descargado. No puede ni es admitida sin más esta postura por resultar demasiado simple. Por ejemplo, en caso de editores comerciales en línea (*commercial on line Publisher*) es cuestionable que se adopte esta postura respecto de aquellas jurisdicciones a las que no iba dirigida esa información, y reconocer competencia por el mero hecho de que un sujeto privado fuera de ese ámbito o sector comercial, sin ser suscriptor de la página *web*, pueda descargarse el contenido desde este país. Además, hay situaciones en las que el demandado (el *commercial on line Publisher*) no puede razonablemente prever que el texto sea descargado en Inglaterra, por ejemplo cuando el demandado hubiera dejado claro (y así lo pruebe) que él no contrataría con suscriptores en Inglaterra pero un sujeto residente en Inglaterra hubiera falsificado sus datos en la suscripción⁷⁶⁶.

60. Podría parecer que en el contexto actual el principio *natural forum* pierde su

⁷⁶² *Loc .cit.*

⁷⁶³ La sentencia utiliza la terminología *publisher*, que puede traducirse como editor o el que publica, o en definitiva el que introduce la información en la red.

⁷⁶⁴ *Cf. King v Lewis, loc. cit.*, § 31.

⁷⁶⁵ *Ibid*, §§ 34-35.

⁷⁶⁶ *Vid J. Fawcett, J. Harris, M. Bridge, International Sale of Goods..., ob cit.*, párrafos 10.15 y 10.16. (pp. 511 y ss).

significado, pues ahora no se busca un único lugar: donde el daño fue cometido, sino que se atiende a dos lugares: el del daño y el lugar donde se llevo a cabo el acto del que deriva el daño resultante. Y en el sector de Derecho aplicable tampoco las normas sobre daños requieren que este lugar sea concretado⁷⁶⁷, salvo para los casos de difamación⁷⁶⁸ donde las normas tradicionales de *common law* siguen en vigor⁷⁶⁹. Para estos supuestos en los que no encajan con facilidad estas presunciones, se ofrecen otras posibles soluciones que permitan concretar la jurisdicción inglesa como el foro natural para el juicio. Básicamente supone verificar el Derecho aplicable al daño y si ese ordenamiento es el Derecho inglés esto tendría que ser considerado como una evidencia significativa de que Inglaterra es el foro apropiado para conocer⁷⁷⁰. Esto es, en un caso de difamación si el daño se entiende que fue cometido en Inglaterra el Derecho inglés será el aplicable –y en viceversa⁷⁷¹–.

61. Para finalizar, a parte de la normativa general por daños sobre la jurisdicción hasta ahora mencionada, existen otros textos normativos que pueden incidir sobre la competencia judicial internacional de los tribunales ingleses en supuestos de difamación internacional, y que deben por tanto mencionarse. Se trata de la *Lord Lester's Defamation Bill*⁷⁷² que, aunque norma de Derecho material, contiene una provisión que puede condicionar la competencia de los tribunales ingleses cuando la publicación del material lesivo se haya realizado fuera de su jurisdicción⁷⁷³. La

⁷⁶⁷ El *statutory tort choice of law rules* por un lado, y la normativa comunitaria sobre Derecho aplicable en materia de obligaciones extracontractuales por otro.

⁷⁶⁸ Lo que se verá al detalle en el Capítulo V sobre Derecho aplicable.

⁷⁶⁹ Puede recordarse en este sentido que la *Private International (Miscellaneous Provisions) Act* 1995 deroga la denominada doble accionabilidad para todos los supuestos salvo para la difamación.

⁷⁷⁰ *Vid., Voth v Manildra Flour Mills Pty Ltd* (1990) 171 CLR 538 (§§ 566 y ss.), High Court de Australia.

⁷⁷¹ Este sería un caso paradigmático para el ejercicio de la discrecionalidad a favor de permitir el *service out of the jurisdiction*.

⁷⁷² Por la que se enmienda la *Defamation Act* de 1996. Aunque se prevé que esta norma sea modificada en breve pues se encuentra debatiéndose en el Parlamento pero a día de hoy sigue en vigor.

⁷⁷³ No se trata de una norma de competencia pues no regula la jurisdicción de los tribunales ingleses sino que es el Derecho material aplicable a las acciones por difamación (internas e internacionales). Pero como se ha indicado anteriormente, la jurisdicción inglesa, dentro del margen de discreción de la que gozan sus tribunales, se establecerá según se considere o no como el mejor tribunal, el tribunal más apropiado u foro natural para conocer, y una importante presunción para poder

Sección 13 (bajo la rúbrica “*Harmful event in cases of publication outside the jurisdiction*”) prevé su aplicación a “las acciones por difamación cuando el tribunal haya declarado que las palabras o materias objeto de litigio han sido también publicadas fuera de la jurisdicción inglesa (incluyéndose la publicación fuera de la jurisdicción de algunas palabras o materias que difieren en algún aspecto pero no sustancialmente)⁷⁷⁴”. Por lo que exige que exista algún tipo de publicación dentro de la jurisdicción inglesa para su aplicación (en los términos expuestos en los párrafos precedentes). Además, se requiere que esa publicación en el territorio afecte directamente al reclamante, al señalar que “ningún acontecimiento dañoso debe ser considerado como que ocurrió en relación con el demandante salvo que la publicación dentro de la jurisdicción pueda considerarse razonablemente como que ha causado daño sustancial a la reputación del demandante, en relación al grado de publicación en esa otra parte”⁷⁷⁵.

IV.- Alcance de la competencia judicial internacional basada en el lugar del daño

1.- Fragmentación de la competencia: limitación a los daños en el foro

62. Una vez reconocida la competencia de todos los tribunales del daño, la siguiente cuestión es delimitar la extensión de la competencia que se les reconoce. A partir de la sentencia *Shevill* se ha consagrado el criterio de la competencia limitada para todos los tribunales donde el perjuicio se materializa (lugares de difusión de la información lesiva) en los términos del art. 5.3º, lo que supone que exclusivamente podrán conocer de los hechos producidos bajo su jurisdicción. Esto contrasta con la competencia universal del tribunal del establecimiento del editor/emisor de los contenidos en cuanto que lugar del acto, y el del domicilio del demandado. Esta limitación de la competencia resulta particularmente relevante en el ámbito virtual en la

declararse como tal es que a la acción le sea de aplicación el Derecho Inglés, en concreto la *Defamation Act* de 1996 con sus enmiendas (*Lord Lester's Defamation Bill*).

⁷⁷⁴ Vid. Secc. 13 (1) *Lord Lester's Defamation Bill*. Un análisis de la competencia judicial internacional de los tribunales ingleses en materia de difamación, a la luz de la actual legislación puede verse en M. George, “Lord Lester's Defamation Bill on Jurisdiction”, publicado el 21 de julio de 2010 en Conflict of law. net, <http://conflictoflaws.net/2010/lord-lesters-defamation-bill-on-jurisdiction/>.

⁷⁷⁵ Vid. Secc. 13 (2) *Lord Lester's Defamation Bill*.

medida que el carácter global del medio determina que la manifestación de los daños derivados de actividades *on line* se produzca en una multiplicidad de Estados. Por lo tanto, en los supuestos de responsabilidad derivada de la difusión por Internet de información lesiva esta limitación conduce a un fraccionamiento múltiple de la competencia judicial: entre todos los países dónde se ha difundido la información. Por lo que si la víctima decide demandar en cualquiera de estos países (distinto del domicilio del demandado y del lugar de origen del daño) sólo podrá reclamar por los daños y perjuicios sufridos en el territorio del foro.

El criterio de competencia limitada que se recoge en *Shevill* reflejaba la tendencia general seguida por la jurisprudencia nacional mayoritaria en esos momentos. Muy particularmente por la jurisprudencia francesa, que atribuía a cada tribunal del daño competencia limitada para los daños y perjuicios producidos bajo su jurisdicción⁷⁷⁶, y en términos idénticos los tribunales españoles⁷⁷⁷. Si bien esta línea coexistía con otras dos respuestas más minoritarias que optaban, bien por otorgar competencia universal a los tribunales del daño (competentes a título de *forum damni*)⁷⁷⁸

⁷⁷⁶ A modo de ejemplo, *vide*, las Sentencias TGI de París de 29 de septiembre de 1982 (*Rommy Schneider c. les Editions Bauer Verlag*) y TGI de París de 27 de abril de 1983 (*Caroline de Monaco c. Soc. Burda GmbH*), *loc. cit.*; Sentencia TGI de París de 30 junio de 1984 (*S.A.R. La Duchesse de Windsor c. Sánchez Gómez*), *Rev. Crit. dr. int. pr.*, 1985-1, pp. 141-146. (con nota de H. Gaudemet-Tallon); Sentencia de Cour d'appel de Paris de 19 de diciembre 1989 (*Soc. radio Montecarlo e.a. c. Syndicat National de l'Edition phonographique*), *Rép. Jurisprudence*, I-5.3-B 21; Sentencia TGI de París 20 febrero 1992 (*Vicent Lindon c. Soc. Burda GmbH*), *Journ. dr. int.*, 1994, p. 168 (con nota de A. Huet). Únicamente se ha dado por la jurisprudencia francesa una solución distinta en la sentencia del TGI de París de 23 junio 1976 (*Dll. Aga Khan c. Soc. Axel Springer et autre*), *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1978-1, pp. 132-140. 133 (nota de H. Gaudemet-Tallon, pp. 136-140).

⁷⁷⁷ *Vid.* SAP Barcelona dictó sentencia el 27 de octubre de 2009, (*loc. cit.*), que en su FJ 2º declara la competencia de los tribunales de Barcelona (como domicilio de los actores) únicamente para los daños sufridos en España, remitiéndose al domicilio del demandado para la generalidad de los daños; previamente el Juzgado de instancia resolvió en los mismo términos (Sentencia de 1ª instancia nº 35 de Barcelona de 10 de enero de 2008, FJ 6º). Frente a esta sentencia de la AP se interpuso recurso de casación, que fue rechazado en STS, Civil, 1ª, 7.11.2011 (JUR 2011/389715), asunto *Futbol Club Barcelona/Le Monde*.

⁷⁷⁸ A favor de esta postura *vide* P. Bourel antes de 1989, en nota a Sentencia TJCE de 30 de noviembre de 1976, *loc. cit.*, p. 576 y A. Fournier, "Droit international privé", *J-Cl. Env.*, Fasc. 1220, 1992-2, p. 8.

o, posteriormente, por la competencia también universal del tribunal del domicilio de la víctima, al considerar que en este tipo de daños de carácter moral sólo puede entenderse producido en ese lugar⁷⁷⁹.

63. Con este criterio de competencia limitada del 5.3º -como lugar del daño- lo que se consigue es mitigar, en parte, el potencial peligro del *forum shopping* que especialmente puede aparecer cuando el medio utilizado es ubicuo -como ocurre especialmente con Internet-. Para desincentivar el *forum shopping* se restringe la competencia de esos foros *damni* exclusivamente para conocer de la reparación de los daños ocasionados efectivamente dentro de su jurisdicción -lo que se ha denominado la tesis del “mosaico”⁷⁸⁰-. El tribunal del lugar de la edición -como lugar del acto causal- tendrá una competencia general que abarca la totalidad de los daños, y los tribunales del lugar de difusión -en cuanto lugares de realización del daño-, sólo serán competentes para conocer de los daños producidos en el ámbito de su jurisdicción⁷⁸¹. No obstante, en el contexto de Internet, la fragmentación múltiple de la competencia judicial internacional que supone la limitación de la competencia para los lugares del daño (distintos del lugar del lugar de edición de la publicación y del domicilio del demandado), ha sido objeto de reiterada crítica, en especial cuando el lugar del daño coincide con el domicilio de la víctima (el titular del derecho de la personalidad lesionado por la publicación), y estas reclamaciones han tenido su reflejo en el doctrina del TJUE. En *eDate Advertising* el Tribunal de Justicia introduce un nuevo criterio con

⁷⁷⁹ En esta línea véase P. Bourel, “Du rattachement...”, *loc. cit.*, pp. 357 y ss.; y en análisis de la Sentencia *Shevill*, A. Crespo Hernández, “Precisión del forum locus delicti commissi en los supuestos de daños contra la persona causada a través de prensa”, *La Ley-Comunidades Europeas*, 1995, no 96, pp. 1-7 (pp. 5-7); o también en relación con esta sentencia P. Abarca Junco, “Competencia judicial internacional en materia de difamación por artículos de prensa. A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de marzo de 1995 (Fiona Shevill y otros C/Presse Alliance, S.A.)”, *Gaceta Jurídica de la CE*, B-113, Mayo 1996, pp. 5-15 (pp. 13-14), fundamentando su postura en la especial protección que en el Derecho interno se ofrece a los derechos de la personalidad.

⁷⁸⁰ Entre la doctrina, *vide*, G. Wagner, “Article 6 of the Proposal: Violation of Privacy-Defamation by mass media”, *ERPL*, Vol. 1-2005, pp. 21-37, en esp. pp. 26-27. Lo mismo ocurre en la jurisprudencia internacional, al respecto puede verse, sentencia dictad por la *Cour d’ Appel* de París, asunto *Barclay v Sweeney* (1999) IL Pr 288, en un caso de invasión de la privacidad e infracción del derecho a la propia imagen por la prensa.

⁷⁸¹ *Vid.* P. Bourel, P., “Du rattachement ...”, *loc. cit.*, p. 355.

competencia universal para todos los daños en el art. 5.3: el lugar donde el perjudicado tenga su centro de intereses. Para ello, el Tribunal establece la ficción de que ese lugar es lugar de origen del daño -uno de ellos, junto con el del establecimiento del emisor de contenidos-. De esta manera se cumple, en cierta forma, con la reclamación que se venía realizando en cuanto al necesario reconocimiento (en relación con el conjunto de la responsabilidad económica derivada de las lesiones al derecho al honor y a la intimidad que pueden producirse de manera global a través de Internet), del país donde se encuentra el centro de vida del perjudicado como lugar del daño económico, lo que generalmente coincidiría con su residencia⁷⁸².

64. Cabe plantearse si la solución prevista por el TJUE -inicialmente en *Shevill* y posteriormente confirmada en *eDate*- del criterio lugar del daño con competencia limitada satisface o no los intereses en presencia, en particular cuando se trata de daños a los derechos de la personalidad. En términos generales, esta solución parece bastante adecuada para tales daños⁷⁸³, aunque también pueden plantearse ciertas críticas al respecto. La principal crítica se centra en que la aplicación de esta doctrina en la práctica supone que las opciones reales de la víctima a la hora de elegir donde demandar se reducen en su perjuicio⁷⁸⁴. Si la víctima opta por litigar en el *forum damni* se le obliga

⁷⁸² Vid. P. A. De Miguel Asensio, *Derecho privado...*, *ob.cit.*, p. 192.

⁷⁸³ En relación con esta adecuación tras *Shevill*, *vid.*, A. Borrás Rodríguez, nota a la STJCE de 7 marzo 1995, *Rev. Jur. Cat.*, 1995-4, pp. 276-279 (p. 278); G. Palao Moreno, "La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968: el caso del art. 5.3", en A. Borrás Rodríguez (ed.), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Madrid, 1998, pp. 317-323 (p. 322), *id.* "La aplicación de la regla *forum delicti commissi* (el art.5.3 del Convenio de Bruselas de 1968) en supuestos de difamación por medio de prensa", *Noticias de la Unión Europea*, No 141, 1996, pp. 75-82 (pp. 79-80); P. Blanco-Morales Limones, "Mass media y Convenio de Bruselas: ¿Qué tribunales pueden enjuiciar un caso de libelo internacional?", *Gaceta Jurídica de la CE*, B-107, Octubre 1995, pp. 5-15 (p. 15); P. Lagarde, "Nota a la STJCE de 7 marzo de 1995", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1996-3, pp. 495-503 (pp. 498-502), aunque pone en entredicho la identidad establecida en la decisión entre establecimiento del editor y lugar del evento, abogando por el del lugar de publicación de la revista como *locus delicti*. Con anterioridad a esta sentencia ya se apoyaba esta solución por parte de la doctrina. *Vid.* P. Lagarde, nota a la Sentencia TGI de París de 19 junio 1974 (*Huert*), *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1974, pp.700-704 (p. 704). A. Huet, nota a la STJCE de 30 de noviembre de 1976, *Journ. dr. int.*, 1977, pp. 728-734 (p. 733).

⁷⁸⁴ En particular P. Schlosser tildó de "ridícula" la competencia limitada del tribunal del daño en los supuestos de daños a la intimidad, aunque en relación con la Sentencia *Shevill* no lo considera un

a acudir a una pluralidad de tribunales todos aquellos donde se haya difundido el material lesivo, que en caso por ejemplo de que el medio de difusión hubiera sido Internet supondría que tendría que litigar potencialmente en todos los países -donde se tuviera acceso al contenido y el perjudicado fuera conocido, y no coincidiera con el establecimiento del emisor de contenidos ni con el centro de intereses de la víctima⁷⁸⁵.

En definitiva, la situación existente desincentiva a la víctima al uso del fuero del lugar del daño -ya que no están en condición de usarla, por los costes de tiempo y dinero que difícilmente una persona puede asumir⁷⁸⁶-, y lo mismo respecto del presunto responsable, ya que le puede resultar excesivamente gravoso. No obstante, a pesar de las dificultades prácticas que genera la opción por el *locus damni*, este criterio no desaparece en *eDate* sino que se confirma. Esta crítica al reconocimiento del lugar del daño con competencia limitada no es extrapolable a otros sectores de la responsabilidad extracontractual. Por ejemplo, en el campo de los daños al medio ambiente la solución de la competencia limitada parece la más adecuada⁷⁸⁷, y lo mismo ocurre en los supuestos en los que hay una pluralidad de víctimas. Con esta decisión se satisface en estos casos de la mejor forma el principio de proximidad, ya que el tribunal del lugar donde se han producido los daños está bien situado para conocer exclusivamente de los producidos en su territorio y no los que hayan acontecido en otros Estados. Además, en

mal mayor dado que se acompaña de la competencia universal del tribunal del acto. Cf. P. Schlosser, "A new dimension of Human rights. Consideration in civil procedure", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1995-1, pp. 30-40 (pp. 39-40). En términos similares, A. Crespo Hernández, "Precisión del forum...", *loc. cit.*, pp. 4-5.

⁷⁸⁵ Lo inadecuado de este criterio en *Shevill* y ahora en el contexto virtual (*eDate*) véase E. Torralba Mendiola, "La Difamación...", *loc. cit.*, pp. 15-16.

⁷⁸⁶ En este sentido se llegó a entender tras *Shevill* que esta solución podría no ser respetuosa con el principio de protección de la víctima. Lo que en sí mismo fue motivo de críticas, por ejemplo incidiendo en las diferencias propias en los Derechos materiales nacionales en la tutela de los derechos de la personalidad (*vid.* P. Abarca Junco, "Competencia judicial...", *loc. cit.*, pp. 5-14). También se ha criticado desde la perspectiva de la acumulación de las acciones, *cf.* G. Betlem, "Transboundary Enforcement: Free movements of of injuctions", *Environmental rights. Law, Litigation & Acces to justice*, London, 1995, pp. 184-229 (p. 198). También A. Huet critica la solución adoptada en *Shevill* y para ello fundamenta su postura en el criterio del perjuicio preponderante (*cf.* Nota a la sentencia *Shevill*, *loc. cit.*, pp. 546-549).

⁷⁸⁷ Para un mayor abundamiento de la aplicación del art. 5.3 cuando exista dispersión espacial del lugar del daño en supuestos de contaminación transfronteriza, *vid.*, A. Crespo Hernández, *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, pp. 132-140.

estos supuestos la interpretación que del art. 5.3 realiza el TJUE no reduce las posibilidades de la víctima, por lo que el principio *favor laesi* no resultaría inferido. A diferencia de lo que ocurre en los daños al honor -y los demás derechos de la personalidad- de un sujeto por publicación de información en un medio de difusión multiestatal, en los casos en los que hay una pluralidad de víctimas generalmente cada una de aquellas sufre el daño en un único Estado; por lo que cada uno de los perjudicados sigue teniendo la posibilidad de optar entre el tribunal del lugar de origen y del lugar donde ha sufrido el daño -sin necesidad de acudir a todos y cada uno de los lugares donde el daño se hubiera manifestado-, y del domicilio del demandado.

2.- Un fuero con competencia universal

A) Justificación

65. Aunque la doctrina del TJUE ha señalado los puntos más fundamentales en la interpretación del art. 5.3º RBI, no resultan suficientes para solucionar los problemas que plantea este precepto en la práctica en su concreción del lugar del daño, en particular su aplicación respecto de los daños derivados de actividades desarrolladas en la red -a pesar, o mejor dicho más aun tras la sentencia *eDate Advertising*-. La posibilidad de revisión del art. 5.3 en este sentido no ha sido planteada por el Libro Verde sobre la revisión del Reglamento Bruselas I⁷⁸⁸ presentado a mediados del 2009⁷⁸⁹, donde se recogían las propuestas a examen de este instrumento; y ello pese a las

⁷⁸⁸ Libro verde sobre la revisión del reglamento (CE) No 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Bruselas, 21.4.2009, COM (2009) 175 final.

⁷⁸⁹ Junto con el Informe de la Comisión sobre la aplicación del Reglamento (*supra, loc cit.*, nota a pie nº 30). En este informe sí se aborda la cuestión de la interpretación del art. 5.3 RBI en lo que se refiere a su criterio de competencia judicial internacional (en particular, pp. 91-101). Este concluye que, tras la revisión de los distintos informes, parece que los principios interpretativos del art. 5.3 RBI, tal y como han sido desarrollados en la jurisprudencia TJCE, si bien pueden necesitar una mayor concreción para ser aplicados en la práctica nacional no hay ninguna indicación que tal concreción suponga problemas insuperables o que los resultados alcanzados no se adecuen suficientemente a las necesidades de la práctica. Especialmente, en casos de Internet, algunos tribunales nacionales parecen estar conformes con la forma en la que han desarrollado criterios fiables para una localización de los daños (*lugar de resultado*), por ejemplo, preguntándose a que país realmente se dirige la *web*. En este sentido, *vide*, Sentencia de la *Court d'Appel* de Paris (4ème ch., sect. A), de 26 de abril de 2006. Aunque estos criterios en la práctica no eliminan la falta de previsión objetiva para el demandado del foro, como se verá.

cuestiones prejudiciales que en ese momento estaban presentadas por diversas jurisdicciones nacionales respecto de su aplicación (lo que permitía vislumbrar la importancia de esta cuestión). En este sentido, resulta interesante analizar la cuestión prejudicial que se planteó por el TS Alemán⁷⁹⁰ para determinar la competencia judicial internacional para la adopción de medidas judiciales para evitar la lesión de derechos de la personalidad a través de la publicación de materiales en un sitio *web* -que ha sido resuelta por la sentencia *eDate Advertising*-. Entre otras preguntas sobre la interpretación del criterio “lugar del hecho dañoso” del art. 5.3 se planteaba si en caso de publicaciones en la *web*, el lugar de resultado podía ser concretado en cualquiera de los Estados miembros donde pudiera accederse a dicha *web* con independencia del país donde se encuentre establecido el operador, o si no era suficiente el acceso sino que era necesario además, si no coincide con el lugar de establecimiento, que existiera una especial vinculación entre el foro y el contenido en cuestión; y si era éste el caso, qué criterios habrían de seguirse para que se cumpliera el especial nexo de conexión. Como se ha anticipado, la respuesta que el Tribunal ha dado a estas cuestiones ha sido de lo más simple: otorgar competencia limitada a todos los tribunales de los Estados parte si desde su jurisdicción se tuviera -o se hubiera tenido- acceso a los contenidos controvertidos. Sin que se haya manifestado directamente en relación con la necesidad de que se den criterios adicionales de conexión con el foro. Si bien, es posible diferirlos, ya que al ser la competencia limitada a los daños causados en su jurisdicción, en términos generales en la mayoría de ordenamientos para que exista daño es necesario que concurra el interés protegido, lo que sucede allí donde el perjudicado viene desarrollando su vida -típicamente en el lugar de su domicilio o residencia habitual, con lo que ya existiría una conexión adicional a la mera accesibilidad-.

Podría plantearse las posibles causas que han justificado esta omisión en la revisión del RBI. En primer lugar, la prensa libre (libertad de expresión e información) puede entenderse suficientemente garantizada por los principios constitucionales y por el Artículo 10 CEDH en todos los Estados miembros. En segundo lugar, la doctrina *Shevill* -confirmada por *eDate*- trata de equilibrar por un lado los intereses de los medios de comunicación y el interés de la víctima por el otro. De esta forma, la doctrina

⁷⁹⁰ Asunto C-509/09 (*eDate Advertising GmbH/X.*) acumulado con asunto C-161/10 (*Olivier Martinez, Robert Martinez v. Société MGN Ltd*), ambos ya referidos.

Shevill/eDate con la competencia limitada incentiva las demandas en el foro del demandado, o al menos, a centrarse en jurisdicciones donde exista un efecto considerable del daño causado (que debería ser previsible para el demandado)⁷⁹¹.

66. En una primera aproximación, la respuesta que el Tribunal de Justicia ha dado en *eDate Advertising* podría parecer que no responde a las cuestiones prejudiciales presentadas -donde expresamente se hacía referencia a esos criterios adicionales de conexión con el foro-, y además, la consagración de la accesibilidad como criterio del lugar del daño parece que ratificase la tendencia seguida por ciertos Estados miembros a la hora de reconocerse competencia territorial para conocer de litigios verificados en Internet aunque no existiera otro nexo con el foro (lo que había motivado que por las Instituciones comunitarias se hubiera manifestado la necesidad de precisar este fuero de competencia ante el nuevo marco). En este sentido, el día 7 de septiembre de 2010 el Parlamento Europeo aprobó una Resolución no legislativa sobre la aplicación y revisión del RBI⁷⁹². En relación con los litigios sobre derechos de la personalidad, el Parlamento consideraba que ante la tendencia en la práctica nacional de ciertos Estados miembros de declararse competentes para conocer cuando existe una conexión débil entre el asunto litigioso y el tribunal del foro (desde el punto de vista territorial), se recomendaba que debía precisarse el principio que se deriva de la sentencia *Shevill*. Y para tales fines se invitaba a que se añada un considerando en el RBI que precise que, en principio, los tribunales del foro sólo pueden declararse competentes si existe una conexión suficiente, sustancial o significativa con el litigio⁷⁹³. En este sentido, pareciera

⁷⁹¹ El informe escocés da a un buen ejemplo de las exigencias para que se den efectos considerables. *Vide*, Informe Escocés, 3er cuestionario, pregunta 2.2.9.

⁷⁹² Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre 2010, sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (2009/2140(INI). Este acto se basa en el Informe previo aprobado el 29 de junio por la Comisión de Asuntos Jurídicos y del que fue ponente Tadeusz Zwiefka. Texto íntegro disponible en la dirección web: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0304+0+DOC+XML+V0//ES>

⁷⁹³ Según apartado 25 de la Resolución: “*Cree que el principio que se deriva de la sentencia Shevill debe precisarse; considera, por consiguiente, que, para mitigar la supuesta tendencia de los tribunales de determinados Estados a declararse territorialmente competentes cuando la conexión con el Estado en el que se presenta la demanda es débil, debe añadirse un considerando que precise que, en*

que el Tribunal de Justicia hubiera desoído estas recomendaciones, pero el hecho de que expresamente no se refiera la necesidad de que concurran otros requisitos adicionales - como ya se anticipó- no significa que en la práctica no vaya a darse. Toda vez que para que exista un daño en este tipo de derechos es necesario que el interés protegido esté presente en la jurisdicción que conoce y, con ello, ya tendría el foro suficiente nexo de conexión con el asunto.

67. Con *eDate Advertising* se mantienen los problemas que la competencia limitada del lugar del daño establecida en *Shevill* genera, e incluso los acrecienta en tanto que reconoce competencia como *locus damni* por el mero acceso a los contenidos. Más allá de las cuestiones meramente interpretativas -que en parte han sido respondidas por la sentencia *eDate Advertising*-, la doctrina *Shevill* plantea otros problemas importantes de carácter práctico⁷⁹⁴. En este sentido, el uso de las reglas de esta doctrina puede resultar difícil, sobre todo en lo que se refiere a la aplicación de la regla de la competencia limitada del Estado del daño: exclusivamente al valor del daño que sufrió el perjudicado por la publicación únicamente en el territorio de este Estado⁷⁹⁵. Desde esta perspectiva, se ha llegado a plantear para dar solución a este tipo de problemas la posibilidad de coordinar el artículo 5.3º RBI con las provisiones sobre competencia judicial internacional que contienen ciertos instrumentos comunitarios de protección de los Derechos de Propiedad intelectual, como son en particular el Reglamento sobre Marca comunitaria (Reglamento (CE) nº 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de

principio, los tribunales de tal país sólo pueden declararse competentes si existe una conexión suficiente, sustancial o significativa con dicho país; considera que así se ayudaría a conseguir un mejor equilibrio entre los intereses en juego”.

⁷⁹⁴ Tal y como se han manifestado en los informes nacionales recabados para la elaboración del Libro Verde para la revisión del RBI. Lo mismo puede decirse de la aplicación de su correlativa *eDate Advertising* para los supuestos en la red, ya que mantiene esta regla de competencia limitada para el *locus damni*.

⁷⁹⁵ Existe cierto escepticismo entre algunos Estados miembros, como por ejemplo el manifestado expresamente en el informe polaco, sobre la eficiencia de este criterio en la práctica. Aunque si bien es cierto que este país en la *praxis* todavía no se han enfrentado a un supuesto de tales características. Por el contrario, el informe inglés considera la doctrina *Shevill* plenamente operativa. *Vide*, Informe inglés, 3er cuestionario, cuestión 2.2.11. Según el informe holandés, algunos operadores jurídicos nacionales argumentan que la doctrina *Shevill* tiene como efecto que el art. 6.1 RBI puede ser suprimido (supuestos de litisconsorcio pasivo necesario).

1993) y el Reglamento sobre Diseño comunitario (Reglamento (CE) no 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre, de 2001 sobre los diseños o modelos comunitarios)⁷⁹⁶.

En definitiva, haciendo una revisión global y partiendo de la experiencia general con el artículo 5.3º RBI, hay dos objeciones posibles contra *Shevill* -y en especial respecto de *eDate Advertising*-, ambas relacionadas con la circunstancia de que el agente presuntamente responsable tiene que afrontar su responsabilidad bajo una multiplicidad de ordenamientos jurídicos nacionales distintos, tantos como Estados donde su conducta haya causado efectos lesivos. En primer lugar, la pluralidad de foros competentes para conocer del posible litigio -y que consecuentemente conlleva la aplicación de múltiples Derechos-, supone una ausencia de previsibilidad y una inseguridad jurídica en los supuestos de actividades transnacionales, que puede conllevar un riesgo incalculable para los operadores (lo que se multiplica en caso de actividades desarrolladas en la red). En segundo lugar, a veces se plantea que, debido a la multitud de sistemas legales aplicables, el sujeto debe cumplir con los estándares normativos de todos los ordenamientos jurídicos en cuestión, de modo que finalmente el sistema jurídico más restrictivo será el que decida sobre la admisibilidad o no de esa conducta -sobre todo, ante supuestos en los que intervienen los medios de comunicación y está en juego la libertad de expresión y/o información transfronteriza-. Si bien, esta segunda objeción puede ser matizada para los supuestos desarrollados en la red que resulte de aplicación los criterios establecidos en *eDate Advertising*, toda vez que en el contexto de la Sociedad de la Información la DCE establece un criterio armonizado para todo el territorio comunitario (dentro del ámbito coordinado) del que se deriva la aplicación de la ley del Estado de origen para los prestadores de servicios - con independencia del Estado/s de destino de sus servicios- en relación con los requisitos y exigencias necesarios para el desarrollo de su actividad en la red⁷⁹⁷.

68. Expuestos los importantes problemas que esta regla de la competencia limitada genera en este tipo de litigios en general (y especialmente en el marco de la Sociedad de la Información), podría parecer adecuado la posibilidad de acumular en una única jurisdicción el conocimiento de todas las acciones por todos los daños sufridos

⁷⁹⁶ Véase al respecto, Informe Polaco, 3er cuestionario, cuestión 2.2.11.

⁷⁹⁷ Art. 3.1 y 2 DCE, tal y como han sido interpretados por la sentencia *eDate Advertising* (aps. 59-68).

por la víctima como lugar del daño.

Esta reclamación se justifica en la propia finalidad que las normas de DIPr persiguen. Las normas de competencia judicial internacional deben articular soluciones efectivas a los problemas que la práctica revela en el tráfico jurídico. En este sentido, el DIPr debe prever soluciones adecuadas a las cuestiones específicas que plantea Internet. Se cuestiona entonces si las actuales normas de competencia judicial internacional –y su doctrina interpretativa: *Shevill*⁷⁹⁸ y *eDate*– dan esa respuesta. Para lograr una solución adecuada ante el nuevo escenario que supone la sociedad de la información se reclamaba la actualización de las técnicas de reglamentación existentes o al menos una interpretación adecuada a las nuevas circunstancias⁷⁹⁹. La solución no es sencilla pues debe ser lo suficientemente flexible –por las particularidades de este tipo de controversias–, pero al mismo tiempo ha de garantizarse una adecuada seguridad jurídica para los intervinientes y proteger los valores y derechos fundamentales del ordenamiento jurídico en particular⁸⁰⁰. En este sentido, sí puede considerarse que se cumple con las dos previsiones primeras en la sentencia *eDate*: establecimiento del emisor de contenidos y centro de intereses de la perjudicado, ambos con competencia universal; no así en cuanto a la localización del lugar del daño en todas las jurisdicciones desde la cuales se tiene o tuvo acceso al contenido controvertido (aunque sea con competencia limitada).

B) Posibles aproximaciones

69. La posibilidad de acumular en una única jurisdicción el conocimiento de todas las acciones por todos los daños sufridos por la víctima como lugar del daño, puede abordarse desde diversas aproximaciones. En primer lugar, cabría considerar que

⁷⁹⁸ Esta jurisprudencia *Shevill* tiene un evidente interés para aquellos supuestos de daños a los derechos de la personalidad en los que demandado sea un medido de comunicación que tiene un sistema de distribución en mayor o menor grado territorializado (en función de su estrategia empresarial). Ya que la solución prevista en la jurisprudencia *Shevill* territorializa la extensión del daño, por lo que constituye una respuesta razonable; lo que no se cumple cuando el medio utilizado es Internet.

⁷⁹⁹ Son varios los que reclaman nuevos paradigmas normativos para esta nueva realidad: entre otros, P. A. De Miguel Asensio, *Derecho privado...*, *op. cit.*, pp. 89-95 y U. Kohl, “Eggs, Jurisdiction and the Internet”, *ICLQ*, 2002, pp. 555-559.

⁸⁰⁰ Cf. G. Palao Moreno, “Competencia judicial internacional...”, *loc. cit.*, p. 276.

el medio virtual presenta particularidades específicas lo suficientemente relevantes que exigen y justificarían la adopción de una norma de competencia específica -y, paralelamente de conflicto- para Internet (para esta y el resto de materias extracontractuales) en el sistema RBI. En segundo lugar, revisar el fuero de competencia del art. 5.3 a los efectos de recoger una norma específica para los daños derivados de lesiones transfronterizas de los derechos de la personalidad -en particular la difamación internacional-. Para ello se propone dos vías posibles, en primer lugar recogiendo en el propio artículo las precisiones que el TJUE ha establecido en *eDate Advertising*, adecuándolo a todos los medios de difusión; o establecer directamente como criterio de competencia el lugar de residencia habitual de la víctima -si bien, con precisiones- para los litigios derivados de lesiones a los derechos de la personalidad. Las dos últimas opciones son las que se consideran más adecuadas para conseguir la armonización deseada, más aun a la vista de la adopción de una futura regla de conflicto particular⁸⁰¹.

En este apartado se analizará las razones por las que se justificaría la primera de las propuestas en relación con esta materia, y en los apartados siguientes las posibilidades de revisión del art. 5.3 partiendo fundamentalmente de los criterios establecidos por la doctrina *eDate Advertising*.

70. La solución que el sistema RBI prevé para la generalidad de litigios sobre responsabilidad extracontractual –sin particularismos de ningún tipo- sigue un diseño estrictamente territorial en los criterios atributivos de competencia⁸⁰². Aquello que puede

⁸⁰¹ Como puede suceder en caso de que se apruebe finalmente la iniciativa parlamentaria de revisión del RRII y se introduzca una norma de conflicto específica para estos litigios.

⁸⁰² Lo que ha provocado fuertes críticas desde el inicio. En particular, respecto de las actuaciones en Internet se ha manifestado que éste es un “lugar” en si mismo, por lo que los daños o delitos susceptibles de responsabilidad deben entenderse como cometidos en este “lugar”, de tal forma que los criterios de territorialidad aducidos en éste y otros instrumentos no resultan de aplicación. Cf. D. R. Johnson y D. Post, “Law and Borders –The Rise of Law in Ciberspace”, *Stanford L. Rev.*, vol. 48, 1996, pp. 1367-1402, en esp. pp. 1378-1380; id. “Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace” en U. Immenga, N. Lübben, H. P. Schwintowski (Eds), *Das internationales Wirtschaftsrecht des Internet*, Baden-Baden, 2000, pp. 171-215. En particular, se entiende el libelo en la Red como uno de los supuestos en los que la jurisdicción no puede operar; en este sentido M. E. Babcock, W. R. Powell; M. Schachter, A. J. Schell, y D. A. Schulz; “Internet Jurisdiction and Choice of Law Issues”, Cyberspace Committee

resultar adecuado para algunos de los medios de comunicación, puede que no lo sea tanto para el caso de Internet. Es el carácter territorial de los fueros lo que convierte en inadecuadas estas soluciones cuando se está ante un medio que carece de fronteras estatales⁸⁰³. Las soluciones vinculadas al concepto clásico de territorio son, en esencia, rígidas y difícilmente casan con aquellos supuestos de hecho desarrollados en un mundo deslocalizado o descontextualizado⁸⁰⁴ como es el virtual. Esto justificaría la necesidad de apartar las soluciones tradicionales previstas en el RBI/CL –diseñadas para supuestos clásicos- inclinándose bien por soluciones específicas para este medio, o bien, en una postura menos extrema, por la adaptación de los criterios existentes a las particularidades propias de Internet⁸⁰⁵ (como así se ha procedido con *eDate Advertising* adaptando la doctrina *Shevill* al medio, no sin controversias en cuanto a la forma). Precisamente, en lo que se refiere a la tutela frente a lesiones de derechos de la personalidad la falta de adecuación de la solución establecida en *Shevill* venía marcada por su carácter territorial. Esto es, en el medio virtual no hay parámetros de medición fiables del impacto “territorial” o grado de difusión de las informaciones publicadas en Internet, aunque el criterio del número de visitas a la página *web* puede ser indicativo de tal impacto, no resultaba suficiente para determinar de forma concluyente y definitiva la comisión de un daño antijurídico⁸⁰⁶. Las deficiencias apuntadas de la doctrina *Shevill* para la concreción del *forum delicti commissi* se hacían más patentes en paisaje *on*

report, *MLRC*, Julio 2002, pp. 7-11.

⁸⁰³ Internet introduce, por un lado, una transformación de la concepción espacial/territorial de la comunicación, globalizando las relaciones sociales y minimizando la relevancia de la dimensión regional o estatal, hasta el punto de crear un espacio inmaterial e inasible: el “cibespacio”, carente de fronteras ni límites. Por otro lado, Internet transforma la concepción temporal de dichas relaciones, tanto por su inmediatez en el acceso de sus contenidos como en su potencial de permanencia en la red. Una vez que un contenido circula en la red, su presencia a través de la misma es, en principio, indefinida. (Cf. Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón, *loc. cit.*, § 43).

⁸⁰⁴ Desde una perspectiva estricta de la noción territorio: espacio en el que se extiende la jurisdicción del Estado.

⁸⁰⁵ Entre otros, *vid.* P. de Miguel Asensio, *Derecho privado...*, *op. cit.*, pp. 101-105; J. T. Martínez Campo, “El carácter territorial de los criterios de atribución de la competencia judicial internacional tradicionales ante la nueva Sociedad de la Información”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 2002, no 123, pp. 75-90.; U. Kohl “Eggs, Jurisdiction...”, *loc. cit.*, pp. 555-582 y P. Cerina, “Il problema della...”, *loc. cit.*, pp. 408-413.

⁸⁰⁶ *Vid.* D. Jerker y D. J. B. Svantesson, *Private International Law and the Internet*, La Haya , 2007, pp. 324 y ss.

*line*⁸⁰⁷, ya que se está ante un contexto completamente distinto -pues Internet es un marco extraterritorial, ubicuo por definición-. Todo ello exigía que se hiciera expresamente una adecuación de las reglas vigentes al medio en particular.

71. Fuera del sistema RBI por los sistemas nacionales se manejan distintas propuestas para concretar adecuadamente la jurisdicción ante litigios en la red (pues sus particularidades no permiten que se apliquen -al menos de forma automática- las mismas reglas ya establecidas para otros medios de comunicación). A modo de ejemplo puede analizarse la cuestión desde la perspectiva de la jurisprudencia americana, ya que otros sistemas anglosajones han sido analizados anteriormente al concretar la jurisdicción en base al lugar del daño -con particular referencia a los ilícitos en Internet-. En cualquier caso, no se pretende hacer un análisis excesivamente pormenorizado, únicamente mostrar el estado de la cuestión (problemas y propuestas de solución) más allá del sistema comunitario, para tener una visión general de la materia, lo que podría ayudar a encontrar una respuesta global más o menos armonizada para un medio universal como Internet.

Por los tribunales americanos se han manejado distintas posibilidades, diferentes pruebas para concretar de una manera segura y adecuada cuándo tienen jurisdicción para conocer de los asuntos de Internet. De estas propuestas pueden extraerse tres tipos de test⁸⁰⁸ que requieren que los tribunales tomen en consideración tres factores a la hora de determinar si su jurisdicción es adecuada: 1) acuerdos de elección de foro por las partes; 2) los efectos de la conducta del demandado, y 3) la habilidad del demandado para utilizar la tecnología existente para determinar la localización geográfica del demandante. En un primer momento se intentó definir la jurisdicción en relación al grado de interacción entre el operador del sitio *web* y el usuario final (fundamentalmente en supuestos con consumidores); lo que condujo a resultados

⁸⁰⁷ En este sentido se ha manifestado por el Abogado General, Sr. Pedro Cruz Villalón en sus conclusiones presentadas el 29 de marzo de 2011, en los asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10 (*loc. cit.*) la imposibilidad de adaptar la doctrina jurisprudencial existente (fundamentalmente *Shevill*) solo con matizaciones ante supuestos de lesión de derechos de la personalidad por Internet, como consecuencia del carácter universal y libre de la información distribuida en Internet (§ 31).

⁸⁰⁸ Sobre las distintas propuestas presentadas con análisis detallado de los casos más relevantes *vid.* R. A. Bales; S. Van Wert, "Internet Web Site...", *loc. cit.*, , pp. 21-56.

contradictorios en supuestos similares⁸⁰⁹. Incluso se llegó a crear lo que puede denominarse como una “escala decreciente de interactividad” (*Sliding Scale*) para analizar los sitios *web*⁸¹⁰. Desde entonces los tribunales han intentado infructuosamente establecer un análisis, dentro de su examen jurisdiccional, requiriendo bien que las actividades estén mínimamente vinculadas⁸¹¹, bien basándose en un test de efectos⁸¹² o en una combinación de test ya existentes además de la interactividad del sitio *web*⁸¹³. No obstante, estos criterios no pueden dar un estándar coherente, pues en términos generales todos los sitios *web* (en algún grado) son interactivos⁸¹⁴. En consecuencia, predecir así si un operador de sitio *web* podrá sujetarse a una jurisdicción en concreto resulta casi imposible (por lo que debe buscarse otro estándar mejor definido).

Dado el cambiante devenir de la jurisprudencia americana para establecer su jurisdicción en el contexto virtual quizá podría proponerse una combinación de las distintas propuestas manejadas para proveer un único estándar. Las ventajas del establecimiento de un único estándar son evidentes, además de la indudable seguridad jurídica derivada del conocimiento *a priori* de la jurisdicción competente por todos los operadores que intervengan en la red. En primer lugar, éste podrá ser usado en casos tanto contractuales como no contractuales (porque no estaría basado únicamente en la actividad comercial). En segundo lugar, el punto central del análisis se basaría en la conducta de las partes más que en el medio. Todo ello permitirá a los actores *on line* adecuar sus comportamientos, pues sabrían si están o no sujetos a un foro particular. Y

⁸⁰⁹ Vid. asuntos *Bensusan Restaurant Corp. v. King*, 937 F. Supp. 295 (S.D. N.Y. 1996); *Inset Sys., Inc. v. Instruction Set, Inc.* 937 F. Supp. 161 (D. Conn. 1996). En ambos casos se utilizó el mismo criterio de análisis (*stream of commerce*), pero en el primero el tribunal (*The United States District Court for the Southern District of New York*) declaró su falta de jurisdicción para conocer del asunto; y en el segundo el tribunal (*The United States District Court for the District Connecticut*) sí reconoció su competencia en base al mismo.

⁸¹⁰ Creado por el distrito de Pensilvania en 1997, *Zippo Mfg. Co. V. Zippo Dot Com. Inc.*, 952 F. Supp. 1119, 1124 (W.D. Pa. 1997). Donde para determinar la jurisdicción se propone que las página web se clasifiquen en tres categorías: pasivas, activas e interactivas

⁸¹¹ Véase, entre otras, *Maritz, Inc. v. Cybergold, Inc.*, 947 F. Supp. 1328 (E.D. Mo. 1996); *Hasbro, Inc. v. Clue Computing, Inc.*, 994 F. Supp. 34 (D. Mass. 1997).

⁸¹² Por ejemplo pueden verse, *Panavision Intl., L.P. v. Toeppen*, 938 F. Supp. 616 (C.D. Cal. 1996); *Lofton v. Turbine Desing*, 100 F. Supp. 2d 404, 410 (N.D. Miss. 2000).

⁸¹³ *Bensusan Restaurant, loc. cit.*, 937 F. Supp. 295.

⁸¹⁴ Cf. *Norwood v. U.S.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 4517 (E.D. Pa. 28 de julio, 1998)

finalmente, este estándar sobreviviría a los cambios tecnológicos y debería continuar ofreciendo buenos resultados porque el análisis no dependería de aspectos tecnológicos⁸¹⁵.

C) El criterio de conexión del centro de gravedad del conflicto

72. No ha faltado quien entiende que las nuevas tecnologías reivindican una evolución interpretativa para garantizar el acceso a la justicia a los perjudicados por acciones verificadas en la red⁸¹⁶ -que corresponde en parte con la que finalmente se ha materializado en *eDate Advertising*, pero que no resulta del todo satisfactoria-. Esta evolución estaría dirigida a eliminar la posibilidad de la multiplicidad del lugar del daño como foro de competencia -limitada- pasando al exclusivo reconocimiento de un lugar con competencia universal. El fundamento para estas propuestas, entre otras causas, se encontraría en la multiplicidad de lugares de recepción inmediata y simultánea de la información y las posibles dificultades técnicas para localizar el lugar de origen -de localización del evento causal-⁸¹⁷ cuando el medio utilizado es Internet.

Entre las distintas posibilidades que en este sentido se han manejado, una de las principales es el del criterio del centro de gravedad del conflicto como lugar del daño (por haber sido en parte asumida por el TJUE), aunque no es el único, pues en un sentido parecido se ha referido el lugar del centro de vida de la víctima como lugar del daño con competencia ilimitada⁸¹⁸. Las distintas aproximaciones parten en común de una serie de factores concretos. En primer lugar, estimarse que el daño sólo se producía en el lugar donde se verifica realmente un perjuicio para el titular del derecho presuntamente lesionado. Esto se traduciría en la exclusión de aquellos países en los que la víctima fuera desconocida -sin proyección pública- o sin intereses de ningún tipo en

⁸¹⁵ Sobre las distintas propuestas que se han presentado con este objeto por la doctrina *vide*. S. Burns & R. A. Bales, "Personal jurisdiction...", *loc. cit.*, pp. 46-52 y R. A. Bales; S. Van Wert, "Internet Web Site...", *loc. cit.*, pp. 49-55.

⁸¹⁶ Cf. G. Kaufmann-Kohler, "Internet...", *loc. cit.*, pp. 117-118.

⁸¹⁷ Lo que facilitaría su localización con su identificación con el domicilio del demandado. *Vid.* P. A. De Miguel Asensio, *Derecho privado...*, *ob.cit.*, pp. 192- 193.

⁸¹⁸ Solución que no es nueva ya que otros sistemas como por ejemplo el suizo ya ha sido acogida, *vid.* F. Dessemontet, "Internet, les droits de la personnalité et le droit international privé", *Le droit au défi d'Internet (Actes du colloque de Lausanne)*, Ginebra, 1997, pp. 75-102, en esp. pp. 86-87.

aquel país⁸¹⁹. En segundo lugar, la concreción de los efectos sustanciales de la información presuntamente lesiva debería ser fundamental. Para ello, es necesario cumplir con la exigencia de neutralidad tecnológica⁸²⁰. Desde el punto de vista técnico es posible que las páginas *web* cuenten con lo que se denominan “limitadores”, lo que impide que desde ciertos países pueda accederse al contenido colgado en la *web* y, consecuentemente, dichos países quedarían inhabilitados para considerarse jurisdicción competente *ex art. 5.3º*. Se trataría de aplicar jurisprudencia norteamericana ya asentada al respecto, en la que esta jurisdicción se considera incompetente si no puede verificarse en ella ningún hecho dañoso⁸²¹. Además, podrían tenerse en consideración otros datos fundamentales que el propio contenido facilita y que permitirían delimitar el lugar del daño. Entre otras informaciones relevantes por ejemplo el idioma utilizado para publicar la información, que permitiría fácilmente eliminar posibles jurisdicciones competentes. Así, si la información está exclusivamente en un idioma, en principio, parece que aquellos países que no lo comparten estarían excluidos como Estados de destino de la información y, consecuentemente, como lugares de resultado -aunque dicha información sea accesible desde aquellos países-. En cualquier caso, la repercusión de la información en el foro, por ejemplo en función del número de descargas o accesos a la misma dentro de la jurisdicción⁸²², debería también ser un elemento determinante a la hora de concretar el *locus damni*.

73. Se trataba de proponer una opción que diera una respuesta que adapte la

⁸¹⁹ Lo que resultaría más complicado cuando se tratara de personas internacionalmente públicas, conocidas en más de un país.

⁸²⁰ *Vide*, E. S. Knutsen, “Techno-Neutrality of Freedom of Expression in New Media Beyond the Internet”, *UCLA Ent. L. Rev.*, vol. 8, issue 1, 2001, pp. 87-128, en esp. p. 95; B.J. Koops, “Should ICT Regulation be Technology-Neutral?”, en B. J. Koops, M. Lips, C. Prins, & M. Schellekens, *Starting Points for ICT Regulation: deconstructing prevalent policy one-liners*, Vol. 9, La Haya, 2006, pp. 77-108, en esp. pp. 77 -79; A. Escudero-Pascual y I. Hosein, “The Hazards of Technology-Neutral Policy: Questioning Lawful Access to Traffic Data”, *Communications of the ACM*, nº 47, 2004, pp.77-82, en esp. p. 77.

⁸²¹ Sobre la falta de jurisdicción para conocer en estos supuestos *vide*, S. M. Flowers, “When does Internet activity establish the minimum contact necessary to confer personal jurisdiction”, *Mo. L. Rev.*, vol. 62, 1997, pp. 845-868; D. L. Stott, “Personal jurisdiction in Ciberspace: The Constitutional boundary of minimum contacts limited to a web-site”, *John Marshall J. of Comp. & Info. Law*, vol. XV, 1997, no 4, pp. 819-854.

⁸²² Que aunque indiciario no es concluyente.

sentencia *Shevill* y, al mismo tiempo, que resulte tecnológicamente neutra cuando el medio sea Internet (lo que parece que no ha tenido reflejo en *eDate Advertising*); manteniendo la vigencia de esta doctrina en los términos actuales para los supuestos de difamación internacional cuando se verifiquen a través de medio impreso⁸²³. Además, habría que tener en consideración dos premisas importantes a la hora de concretar la interpretación más adecuada de este fuero especial de competencia para este tipo de litigios: a) no debe favorecerse a ninguna de las partes en conflicto pues se trata de dos derechos fundamentales -los derechos de la personalidad frente a las libertades de expresión e información- y b) no existe un único derecho al honor universal sino que existe tantos derechos al honor como Estados donde se protege ese derecho y el sujeto en particular tiene constituida su reputación⁸²⁴. En este sentido, se ha planteado la posibilidad de añadir un criterio de conexión adicional a este foro especial -tal y como resulta interpretado de la doctrina *Shevill*- para que resultara adecuado a la especialidad del medio. La concreción de este criterio no resultaría fácil ya que debe cumplir con la mencionada exigencia de neutralidad. En este sentido resulta interesante la propuesta realizada por el Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón en las Conclusiones finales, concretando el “centro de gravedad del conflicto” como criterio adicional de conexión con el foro, según el cuál el “lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el daño” se identifica también con aquel donde se localice el “centro de gravedad del conflicto entre bienes e intereses en liza”⁸²⁵ (esto es, del medio de comunicación y del titular de los derechos de la personalidad⁸²⁶). Su aplicación supondría una postura intermedia a la existente pues ese foro -donde se localiza el centro de gravedad- tendría competencia para conocer de la totalidad de los daños⁸²⁷. Y esto beneficia tanto al medio -ya que su comportamiento va a ser enjuiciado por un único foro y a la luz de un único ordenamiento jurídico nacional-, como a la posible víctima -que no va a tener que sufrir

⁸²³ En este sentido el Abogado general Sr. Pedro Cruz Villalón, ha manifestado que sería suficiente añadir un criterio de conexión adicional a los ya previstos, sin que sea necesario restringir específicamente el supuesto a los daños ocasionados a través de Internet (*cf. loc. cit.*, § 54).

⁸²⁴ Para sujetos particulares se identifica con el lugar donde se desarrolla personal y socialmente, lo que coincide típicamente con el lugar de su domicilio; no así cuando el perjudicado sea un personaje público o conocido en más de un Estado.

⁸²⁵ *Cf. Loc. cit.* §55.

⁸²⁶ *Ibid.*, §§ 42-44.

⁸²⁷ En contraposición con la actual competencia limitada para los tribunales del daño (doctrina del mosaico).

esa inseguridad en la tutela de sus derechos en función del sistema jurídico que fuera aplicable en cada *lugar del daño*-, satisfaciendo así los intereses de ambas partes en conflicto⁸²⁸. Por ello, ha de asegurarse que este foro es el que está en mejor situación para conocer del enjuiciamiento de un conflicto entre derechos fundamentales como son la libertad informativa y los derechos de la personalidad.

74. La cuestión entonces sería concretar ese lugar donde se localiza el “centro de gravedad del conflicto”, y para ello se establece la necesidad de identificar dos elementos⁸²⁹ –relativos a una y otra parte en conflicto: demandante y demandado-. El primero viene referido al titular del derecho potencialmente lesionado, y requiere que el lugar del “centro de gravedad del conflicto” se concrete donde aquél tenga su “centro de intereses”. Aunque puede verse más de un paralelismo con el criterio establecido en *Shevill* -al exigir que la víctima fuera conocida-, aquí no sería suficiente con que la víctima sea meramente conocida para concretar este lugar⁸³⁰. Sino que ha de identificarse con el Estado en el que la víctima desarrolle esencialmente su vida. Esto generalmente coincidirá con el lugar de residencia habitual del perjudicado. El segundo de los elementos hace referencia a la naturaleza de la información. Para poder concretar el centro de gravedad es necesario que la información controvertida esté expresada de tal manera que permita prever razonablemente que objetivamente es relevante en un territorio concreto. Esto exige que se realice un análisis de las circunstancias que rodean la noticia para ver si la información resulta relevante o suscita interés en un territorio⁸³¹. En este segundo elemento la intencionalidad del medio no sería determinante⁸³², es

⁸²⁸ Esta aproximación particular del *locus delicti* ha sido asumida por el Tribunal de Justicia en *eDate Advertising*, mediante el establecimiento del criterio del centro de intereses de la víctima, como a continuación se verá.

⁸²⁹ *Vid.* Conclusiones Abogado General Cruz Villalón, *loc. cit.*, §§59-60.

⁸³⁰ *Ibid.*, §59.

⁸³¹ En este sentido puede verse distinta jurisprudencia nacional, por ejemplo, Sentencia de la High Court de Inglaterra y Gales en el asunto *Harrods vs. Dow Jones*, de 22 de mayo de 2003, §§ 32 y ss. y Sentencia de la High Court de Australia en el asunto *Dow Jones & Company Inc.*, ya citada, §154.

⁸³² En este sentido el Abogado general Sr. Cruz Villalón habla de la intencionalidad del editor de dirigir voluntariamente la información a un Estado miembro en particular (*loc. cit.*, §62), lo que supone reducir las posibilidades ya que no siempre serán medios de comunicación los responsables del daño, y por tanto, no habrá editor que tomar en consideración, pues cabe que sea un particular el que atente contra los derechos de la personalidad.

decir, lo relevante a los efectos de concretar la competencia judicial internacional en base al art. 5.3º RBI serían los datos objetivos no la intencionalidad del sujeto agente del daño en cuanto al territorio al que voluntariamente quiere dirigir la información⁸³³ (datos que deberá valorar la jurisdicción nacional). Esta aproximación está justificada en tanto que la valoración del criterio subjetivo de la voluntad del informador plantea importantes problemas de prueba⁸³⁴. Entre los distintos indicios que el tribunal de foro debería valorar para localizar dónde la información es objetivamente relevante, se encuentra el contenido de la información litigiosa, lo que permitiría delimitar los territorios donde potencialmente existe interés sobre la noticia (y ello con independencia del establecimiento del editor, para el caso que lo hubiera). Otros indicios que podrían coadyuvar en la localización de ese territorio y que pueden indicar la intencionalidad del informante pueden ser (sin que deba considerarse como una lista exhaustiva): el idioma de la página *web*, los registros de acceso a la página, las palabras clave suministradas a los motores de búsqueda para identificar la página del medio, etc.

75. La solución por la que finalmente ha optado el TJUE en la sentencia *eDate Advertising* difiere en parte de las posibilidades barajadas⁸³⁵ y ha suscitado algunas críticas que resultan justificadas (aunque en lo sustancial esta sentencia suscribe las propuestas presentadas en las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón). Siguiendo el criterio del Abogado General esta sentencia ha supuesto una significativa

⁸³³ Porque cuando el RBI ha querido tomar en consideración este elemento subjetivo así lo ha establecido expresamente, por ejemplo el fuero especial previsto en el artículo 15.1c) RBI para los contratos de consumo en aquellos supuestos en los que el prestador del servicio “dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros”.

⁸³⁴ Es difícil probar claramente la intención del informante de dirigir a un Estado concreto la información para fundamentar la competencia de tal jurisdicción. En aquellos ordenamientos en el que este criterio subjetivo puede determinar la competencia judicial internacional de un Estado cuando el medio utilizado es el virtual la exigencias de prueba son más altas que en cualquier otro medio tradicional. En este sentido puede verse la Sentencia del Tribunal Federal de Apelación del 4º circuito de EEUU, nº 01-2340, de 13 de diciembre de 2002, *Stanley Young v. New Haven Advocate*, en cuanto a los requisitos para la aplicación de la regla denominada “single-publication”, recogida en la *Uniform Single Publication Act* y en el *Restatement (Second) of Torts* § 577A (1977), cuando el medio es Internet. Entre la doctrina, véase P. J. Borchers, “Internet Libel: The Consequences of a Non-Rule Approach to Personal Jurisdiction”, *Nw UL Rev* (2003-2004), Volume: 98, Issue: 2, pp. 473- 492.

⁸³⁵ Un análisis de esta sentencia puede verse en P. A. de Miguel Asensio, “Competencia judicial y protección de los derechos de la personalidad en Internet”, *La Ley*, Nº 7787, 31 Enero 2012, pp. 1-6.

evolución de la doctrina previa del tribunal en relación con el art. 5.3º RBI para su adaptación al contexto virtual. Y en este sentido, esta sentencia constituye un punto de inflexión muy importante que merece un análisis pormenorizado de sus elementos esenciales.

El primero de esos elementos está relacionado con la adaptación del criterio atributivo de competencia especial del 5.3º RBI (“lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso”). Parte el Tribunal para ello de que la vigente doctrina asentada en *Shevill* no resulta adecuada para los supuestos en los que el medio utilizado para la difusión/publicación de las informaciones lesivas sea Internet. En este sentido, por el Abogado General se proponía la adaptación de esta doctrina al medio virtual⁸³⁶ y así se ha recogido por la Sentencia (ap. 47). El TJUE considera que en los litigios relativos a intromisiones de los derechos de la personalidad en Internet procede adaptar la interpretación del criterio especial del art. 5.3º RBI en el sentido de que además permite a la víctima acudir para reclamar por la totalidad de los daños (competencia ilimitada)⁸³⁷ ante “el órgano jurisdiccional del lugar en el que la supuesta víctima tiene su centro de intereses”. El fundamento en el que se basa el Tribunal de Justicia para atribuir competencia por el conjunto de daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la difusión de la información lesiva en Internet a los tribunales del Estado donde el perjudicado tiene su centro de intereses, es que el criterio utilizado anteriormente – *Shevill*- para localizar el lugar del daño en aquel o aquellos lugares donde la publicación se difunde no es aplicable al medio virtual, como consecuencia de su carácter universal y, por ende, de lo ubicuo de la difusión por este medio. Con esta aproximación se consigue en Internet concretar –*a priori*- el lugar del daño en un único Estado, pero además, al mismo tiempo, proporciona una vía de acceso a la tutela judicial –del perjudicado- que haga posible la reparación de lesiones potencialmente más significativas y de especial gravedad precisamente por el alcance global/universal del medio utilizado para la difusión. Para ello el Tribunal de Justicia considera que el órgano jurisdiccional que se encuentra en mejor posición para conocer de la causa será el del lugar en el que la supuesta víctima tiene su centro de intereses, pues presumiblemente será quien puede apreciar mejor la eventual lesión de los derechos de la personalidad de la víctima a través de Internet (ap. 48). Además, esta aproximación

⁸³⁶ Vid. Apartado 56 de las Conclusiones (*loc. cit.*).

⁸³⁷ “en función del lugar en el que haya producido el daño causado en la Unión Europea por dicha lesión, a un fuero por la totalidad de ese daño”

cumple con el objetivo de previsibilidad ya que “el emisor de un contenido lesivo puede, en el momento de la publicación en Internet de ese contenido, conocer los centros de intereses de las personas que son objeto de éste” (ap. 50).

Resulta esencial, en consecuencia, concretar cómo se determina cuál es el “centro de intereses de la víctima”. Para ello el Tribunal se limita a establecer que en términos generales ese lugar coincidirá con la residencia habitual de la víctima, si bien precisa que en ocasiones puede que no sea así, en cuyo caso habría que estar a los elementos particulares del caso para establecer con qué territorio UE muestra una mayor conexión el perjudicado (mencionando incluso indicios que pueden servir para tales fines, como es por ejemplo el lugar donde el perjudicado desarrolla su actividad profesional)⁸³⁸. Esta falta de concreción inicial potencialmente abre la puerta a posibles futuras precisiones adicionales por el Tribunal (vía cuestión prejudicial). Si bien, sin perjuicio de las bondades que este criterio supone para la generalidad de casos de infracciones de los derechos de la personalidad en Internet, es posible que pueda resultar no acertado en ciertos supuestos. Es decir, la atribución de competencia para la totalidad de las lesiones a los tribunales del Estado miembro del centro de intereses de la víctima sólo puede ser considerada adecuada cuando la información controvertida sea objetivamente relevante en ese país. Esto puede ponerse en relación con lo manifestado al respecto por el Abogado General en sus conclusiones, quien vinculaba esta circunstancia con el hecho de que el medio de comunicación pudiera prever razonablemente que la información tuviera un interés noticiable en ese país (aps. 63-66).

A pesar de la exigida previsibilidad que se refiere en esta Sentencia en numerosas ocasiones⁸³⁹, es posible que esa mera accesibilidad pueda –de forma indirecta- atribuir competencia judicial internacional para el conjunto de daños, en la medida que la sentencia atribuye –con base en el art. 5.3 RBI- al lugar donde el perjudicado tiene su centro de intereses competencia ilimitada para conocer de la

⁸³⁸ “Una persona puede tener su centro de intereses también en un Estado miembro en el que no resida habitualmente, en la medida en que otros indicios, como el ejercicio de una actividad profesional, permitan establecer la existencia de un vínculo particularmente estrecho con ese Estado miembro” (ap. 49).

⁸³⁹ En particular, en lo que respecta a la accesibilidad como criterio suficiente de atribución de competencia -limitado exclusivamente para los daños ocurridos en esa jurisdicción-.

totalidad de los perjuicios causados por la difusión en Internet. En este sentido, podría resultar relevante valorar si para esa atribución de competencia a los tribunales del centro de intereses de la víctima requiere que la información controvertida y las circunstancias de su distribución en Internet presentaran alguna conexión adicional con ese Estado miembro. Esto es, cabe plantearse si la atribución de la competencia ilimitada a los tribunales del Estado miembro del centro de intereses de la víctima puede resultar apropiada únicamente cuando la información controvertida sea objetivamente relevante en aquel país⁸⁴⁰. Si bien el Tribunal de Justicia no hace mención alguna a este requisito adicional, éste puede derivarse de manera implícita de la resolución. Para la sentencia la clave para localizar el Estado del centro de intereses de la víctima es la existencia de un vínculo especialmente estrecho entre el perjudicado y ese Estado que determina que sus tribunales son los que se encuentran en mejor posición para valorar la presunta lesión de los derechos de la personalidad –y, en consecuencia para resolver-, y al mismo tiempo que sea fácilmente previsible para el presunto responsable dónde puede ser demandado.

En particular, cuando se trata de supuestas lesiones a los derechos de la personalidad realizadas en un contexto como Internet (donde la difusión de las informaciones potencialmente lesivas es global) parece que para el Tribunal lo más relevante –al objeto de atribuir competencia judicial internacional⁸⁴¹– es que la información llegue hasta el Estado donde se localiza el centro de intereses de la víctima con independencia del país al que va dirigido el medio digital en el que la información/noticia se difunde. Esta previsión recoge el punto de vista del Abogado General, para el que una información puede ser considerada objetivamente relevante en un territorio⁸⁴² con independencia de la intencionalidad del medio de comunicación, pues únicamente dependerá de que éste –el medio– pueda prever razonablemente que la información difundida en su edición electrónica presenta un “interés noticiable” en un territorio concreto⁸⁴³, lo que cubre la mayoría de los supuestos –las situaciones típicas–, ya que esto sucede generalmente con respecto al Estado en el que el perjudicado tiene

⁸⁴⁰ Siguiendo el criterio expresado en este sentido por el Abogado General en sus Conclusiones, aps. 63-66.

⁸⁴¹ Con base en el art. 5.3º RBI.

⁸⁴² A los efectos de atribuirle competencia para conocer de la totalidad de los daños.

⁸⁴³ Ap. 63 de las Conclusiones finales.

su centro de intereses. Ahora bien, también cabe señalar que hay supuestos que no encajan en esa generalidad, y respecto de los cuales la aplicación de este criterio de atribución de competencia judicial internacional ilimitada puede plantear dudas. Por ejemplo, el hecho de atribuir al Estado del centro de intereses de la víctima competencia para conocer de la totalidad de los daños causados por la difusión con independencia la intencionalidad del medio, en aquellos supuestos en los que la difusión estaba claramente dirigida a un país –países- distintos del centro de intereses de la víctima puede parecer injustificado. Se trataría en particular de casos en los que existieran indicios o elementos lo suficientemente indicativos de que el Estado del centro de intereses de la víctima no era el destino buscado para la difusión, por ejemplo el idioma utilizado (que no correspondiera con el del Estado del centro de intereses, que fuera particular y exclusivo de una zona geográfica concreta, etc.) y/o cuando el medio hizo una difusión del contenido restringida –utilizando para ello algún tipo de mecanismos o instrumentos de control⁸⁴⁴). En estos casos en particular, la difusión de la información potencialmente lesiva no se diferencia con mucho de la difusión que pudiera darse de la misma por los medios de comunicación impresos –por lo limitado del alcance de la difusión-. En consecuencia, la premisa de la que el Tribunal de Justicia parte para fundamentar un tratamiento diferenciado entre estos medios puede ser matizada en ciertos supuestos, por lo que pudiera plantearse en aquellos si existe o justificación para ello. En primer lugar, cuando el medio de difusión de la información lesiva es un medio impreso éste también puede prever razonablemente que en el país del centro de intereses de la víctima la información será típicamente noticiable. Además, el hecho de que la publicación de la información se realice originariamente en un medio de comunicación impreso no impide que posteriormente llegue al Estado del centro de intereses de la víctima (entre otros) si es que la información es recogida y difundida por otros medios digitales en la red⁸⁴⁵. Este último supuesto no difiere con mucho de las difusiones de

⁸⁴⁴ Basados en la geolocalización para restringir el acceso a través de Internet a ciertos contenidos a usuarios que se encuentren en determinados países –o, en sentido contrario, que lo impidan a aquellos que se encuentren en ciertos Estados-. *Vid.* P. A. de Miguel Asensio, “Competencia judicial...”, *loc. cit.*, p. 4.

⁸⁴⁵ De tal manera que se dan situaciones en las que para la difusión de la información controvertida participan varios medios en cadena –lo que incide directamente en su repercusión final-, incluso con la mediación de diversos prestadores de servicios *online*, de tal forma que podría haber una pluralidad de posibles demandados por posibles responsabilidades concurrentes que habría que dirimir. En este sentido, habría que estimar el alcance del fuero de la pluralidad de demandados del art. 6.1 RBI y

información a través de Internet cuando cuentan con controles que limitan el acceso a la información a las personas que se encuentran en ciertos Estados.

76. En conclusión, la interpretación que del art. 5.3 RBI ha dado el TJUE en el asunto *eDate Advertising* favorece la posición de la víctima, en la medida que le permite litigar en un nuevo foro (distinto al domicilio del demandado y al establecimiento del editor o emisor de los contenidos) para reclamar por la totalidad de los daños sufridos por la difusión de la información controvertida (lo que en Internet en principio es mundial). Puede hacerse una valoración favorable de esta aproximación teniendo en cuenta las nuevas exigencias derivadas de la sociedad de la información, ya que la mera accesibilidad no es admitida por el Tribunal como criterio atributivo de competencia judicial internacional universal: para el conjunto de los daños derivados de la difusión en principio mundial, sino que se otorga exclusivamente competencia para los daños sufridos dentro de esa jurisdicción. Si bien, esa posibilidad de litigar en cualquier Estado miembro donde el contenido controvertido está o fue accesible -aunque sea con competencia limitada- sin ninguna otra exigencia de conexión con esa jurisdicción, multiplica potencialmente de manera ilimitada los posibles foros competentes⁸⁴⁶, con lo que no se ayuda a la seguridad jurídica que debe garantizarse dentro del territorio comunitario para todas las partes. Desde esta perspectiva, el potencial demandado no goza de esa suficiente previsibilidad, poniendo a la víctima en una situación de preeminencia que no resulta necesaria⁸⁴⁷. De tal manera que hubiera resultado más adecuado quizá haberse quedado con las dos primeras de las precisiones del art. 5.3 con competencia ilimitada, lo que permitiría abarcar todos los supuestos de lesiones a los derechos de la personalidad con independencia del medio utilizado⁸⁴⁸ (establecimiento del editor -para los medios tradicionales- o del emisor de contenidos -para el medio

de sus requisitos en este contexto particular.

⁸⁴⁶ En principio potencialmente a las jurisdicciones de los 27 Estados miembros, y en consecuencia se multiplica la doctrina del mosaico lo que conduce a una definitiva inseguridad para el posible demandado.

⁸⁴⁷ Lo que choca con la premisa de la que se partía: no favorecer a ninguna de las partes ya que son titulares de sendos derechos fundamentales que deben tutelarse de igual manera.

⁸⁴⁸ Esta es precisamente una de las propuestas por las que aboga Torralba Mendiola. *Vid.* “Difamación: la situación tras la sentencia en el asunto *eDate Advertising*”, *AEDIPr*, 2011 (en prensa); y en “La Difamación...”, *loc. cit.*, pp. 19-21.

virtual- y el Estado del centro de intereses de la víctima⁸⁴⁹).

Pero al margen de todas estas apreciaciones referidas, quizá lo más relevante de esta sentencia es lo que representa, la posibilidad de adaptarse adecuadamente⁸⁵⁰ a los nuevos retos que los avances van generando mediante la interpretación judicial cuando existe un marco normativo aplicable (el RBI) –en esta materia en el sector de competencia judicial internacional-. Desde esta perspectiva, llama la atención el sector de Derecho aplicable, donde el RRII excluye completamente de su ámbito de aplicación esta materia en particular –al menos por ahora, a la espera de la evolución de la reciente iniciativa parlamentaria de revisión de este instrumento para su aplicación a los litigios sobre responsabilidad extracontractual derivada de las lesiones a los derechos relacionados con la intimidad-, lo que supone que *lege data* existen evidentes problemas de coordinación dentro del territorio comunitario entre las normas de competencia judicial internacional unificadas (mediante el RBI) y las de ley aplicable⁸⁵¹.

D) Un único lugar del daño con competencia ilimitada: el daño principal

77. Otra posibilidad que se ha llegado a plantear para concretar un único lugar del daño con competencia ilimitada, conllevaba una reinterpretación del fuero del 5.3º con el exclusivo fin de eliminar la multiplicidad de tribunales competentes como lugares del daño. Esta interpretación parte del principio *accessorium sequitur principale*. Para su aplicación sería necesario realizar una valoración general de todos los daños generados y materializados en los distintos países y concretar, de entre todos ellos, dónde radica el daño principal. La jurisdicción donde se haya verificado el daño principal tendrá competencia ilimitada para conocer de la reparación de todos los daños. Esta tesis se extrae de la propia argumentación utilizada por el TJCE en la sentencia

⁸⁴⁹ Que aunque supone reconocer un *forum actoris* en estos casos resulta perfectamente admitido, ya que el autor del daño escoge a su víctima en función de lo que es, por lo que ese lugar es fácilmente conocido por el demandado. Si bien, el centro de intereses de la víctima es una ficción como lugar del daño -*locus delicti*- a los efectos de aplicar el art. 5.3º RBI, ya que es así respecto del daño para ese Estado pero no para el resto, de tal manera que en realidad es un *locus damni* pero por el TJUE se le otorga competencia ilimitada para el contexto virtual.

⁸⁵⁰ Tutelando todos los intereses en juego: libertad de expresión/información y derechos de la personalidad.

⁸⁵¹ Incluso si se materializa finalmente la propuesta del Parlamento de revisión del RRII.

*Shenevai*⁸⁵², para establecer la competencia en materia de obligaciones contractuales sobre la base del art. 5.1º CB. En este asunto el Tribunal de Luxemburgo determinó que la obligación principal es la que sirve para concretar el foro competente. Esta aproximación aplicada a la responsabilidad extracontractual elimina toda posibilidad de distintos Estados como *locus damni*, ya que sólo habría uno: el de mayor relevancia o principal.

Esta postura fue expresamente argumentada en el asunto *Shevill* por la parte demandada que pretendió su aplicación para intentar llevar la competencia del asunto a la jurisdicción francesa –por ser Francia donde se produjo el daño principal-, pero tal pretensión fue denegada expresamente por el TJCE para el caso particular. La causa principal para su inadmisión fue la imposibilidad de que el tribunal del foro revisara el fondo del asunto para saber si era o no el lugar donde se materializó el daño principal. Esto es, la admisión de esta postura supondría que el juez del foro debería entrar a conocer sobre el fondo del asunto para determinar cuál es el daño principal y dónde se materializó. Esta posibilidad no es admisible en el sistema RBI/CL, pues estos instrumentos exclusivamente reglamentan la determinación de una cuestión previa: la competencia judicial internacional. Por ello, el juez del foro no puede entrar sobre el fondo del asunto sin saber si tiene o no jurisdicción para ello basándose en estos instrumentos. Pero además existe el problema de inseguridad jurídica que esta aproximación supondría para los demandantes a la hora de concretar el tribunal donde litigar⁸⁵³. La admisión de esta tesis únicamente sería viable si a la misma se le establecieran una serie de presunciones objetivas –susceptibles de ser desvirtuadas- que permitieran, según los casos, deducir *a priori* el lugar donde el daño principal se hubiera producido sin entrar en el fondo (por ejemplo, atendiendo a criterios tales como el número de ejemplares vendidos, número de descargas o visitas a la *web*, etc.). Ahora bien, esta aproximación que parece que debería descartarse automáticamente por los argumentos referidos, en el contexto actual no lo parece tanto, toda vez que con la doctrina *eDate Advertising* parece que se legitima -o al menos así debería ser para evitar un *forum non conveniens* con competencia ilimitada- al tribunal del foro entrar a valorar sobre el fondo del asunto al menos para verificar que en ese Estado del centro de

⁸⁵² STJCE 15.01.1987, asunto *Shenevai c. Kreischer*, C-266/1985.

⁸⁵³ *Vid.* Conclusiones del Abogado General Sr. P. Léger, presentadas el 10 de enero de 1995, en asunto *Shevill*, §§ 51-52.

intereses de la víctima la información es relevante.

E) El establecimiento del editor o el centro de intereses de la víctima

78. Otra de las posibilidades de futuro que pueden plantearse para la adecuada interpretación del artículo 5.3 RBI -ya anticipada- podría ser la eliminación de la posibilidad de demandar en materia de difamación o lesiones a los derechos de la personalidad ante los tribunales de cada uno de los lugares donde se difunde o emite el contenido lesivo (con independencia del medio utilizado para la publicación) y el mantenimiento únicamente de la opción entre los tribunales del lugar del establecimiento del editor/emisor de contenidos o los del centro de los intereses principales de la víctima⁸⁵⁴. Aunque esta aproximación pudiera no resultar adecuada si se toma como presupuesto -como es el caso- que los derechos de la personalidad no únicos con alcance universal sino que existen tantos derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como Estados en los que la persona tiene una reputación o intimidad que proteger lo regulan⁸⁵⁵. Una concepción fragmentaria de los derechos de la personalidad quizás reclamaría un criterio de competencia igualmente fragmentario, ahora bien, las ventajas que se derivarían de un único criterio de competencia universal compensa los numerosos problemas e inconvenientes que un criterio fragmentario presenta en especial en un medio como Internet -tal y como reconoce el propio TJUE, que lo califica como inadecuado-.

Ahora bien, esta solución propuesta puede plantear un particular inconveniente en lo que se respecta a la referencia al centro de intereses de la víctima. Un inconveniente ya expresado por el TJUE en el asunto *eDate advertising*, y es que supone dar entrada a un *forum actoris* (lo que en principio no es admitido en el sistema RBI⁸⁵⁶ que tiene como regla esencial de base el domicilio del demandado salvo excepciones en casos muy concretos en materia contractual en los que existe un

⁸⁵⁴ Vid. E. Torralba Mendiola, “La Difamación...”, *loc. cit.*, pp. 19-21.

⁸⁵⁵ Esta postura es la que se sigue por M. Amores Conradi y E. Torralba Mendiola, en “Difamación y Roma II”; *loc. cit.*, y con anterioridad en “XI Tesis...”, *loc. cit.*; posteriormente por E. Torralba Mendiola, en “La Difamación...”, *loc. cit.*, p. 4.

⁸⁵⁶ En contra del *forum actoris* como criterio atributivo de competencia *vid.* STJCE de 10 de junio de 2004, *Kronhofer/Maier et al.*, C-168/2002, FJ 20º.

desequilibrio entre partes: seguros, consumo y, con matices, trabajo⁸⁵⁷). Si bien frente a esta eventual argumento en contra caben oponerse ciertas apreciaciones (algunas de ellas ya referidas por el propio TJUE). En primer lugar, cabe alegar que se trata de un fuero previsible para el presunto responsable, y que se prevé para aquellos supuestos en los que es el autor del daño el que está exclusivamente en disposición de evitar ese daño y su alcance internacional. Es él que decide si publica o no el contenido lesivo y el medio que utiliza para ello y, en consecuencia, la difusión que quiere darle, sin que el perjudicado pueda -en principio- hacer nada para evitar el daño⁸⁵⁸. No obstante, como se fundamenta esta postura en la suficiente previsibilidad para el eventual demandado, en aquellos casos en los que el comportamiento de la víctima hubiera llevado al presunto responsable a apreciaciones erróneas -al haber creado un centro de intereses aparente- las consecuencias de ese error deberían ser asumidas exclusivamente por la víctima. En segundo lugar, las potenciales críticas a este fuero de competencia desde esta perspectiva no se resuelven manteniendo el adicional criterio de competencia lugar del daño que actualmente se contempla para estos casos -lugares de difusión del contenido donde el perjudicado sea conocido-. Toda vez que este último sólo supone otra nueva opción para la víctima por lo que, desde la perspectiva del presunto responsable, el desequilibrio entre las partes es mayor. Así, difícilmente puede lograrse el equilibrio de intereses deseado.

En este sentido, esta solución no debería limitarse a los supuestos de atentados de los derechos de la personalidad en Internet, sino que debería extenderse a todas las reclamaciones en esta materia con independencia del medio de difusión empleado. No existen -como se ha visto- verdaderas razones que permitan plantearse la necesidad de soluciones distintas en los casos en que la información se publica en la red o lo hace a través de medios tradicionales de difusión, ya que en la generalidad de los casos esa difusión es multiestatal o incluso mundial (pues cada vez es más común que los medios tradicionales tengan versiones digitales de sus publicaciones).

79. Cuestión distinta es que ese criterio de competencia pueda considerarse como *locus damni* -lugar de origen -a la luz del art. 5.3 RBI, en atención a esa

⁸⁵⁷ Y obviamente en los supuestos en que el demandado está domiciliado en un tercer Estado no UE (art. 4 RBI).

⁸⁵⁸ Por las propias características de los supuestos extracontractuales.

competencia universal que se le reconoce para conocer de todos los daños sufridos en todos los Estados miembros. Si se toma en consideración la precitada premisa de la que se parte en estos supuestos -tantos derechos de la personalidad como Estados los protegen- no es posible considerarlo en este sentido. Pues desde esta perspectiva, este criterio de conexión funcionaría -en cuanto a la concreción del 5.3- como lugar del daño nunca como lugar de origen, pues lo es efectivamente respecto de los daños sufridos en el Estado miembro donde la víctima tiene su principal centro de intereses pero no lo es en relación con los daños sufridos en otros Estados, que son daños distintos. En consecuencia, dentro del art. 5.3 no existe fundamento para esta regla de competencia universal, por lo que es necesario justificar esta competencia desde otro punto de vista y esto supondría extraerla de la regla general del 5.3 y elaborar una regla de competencia específica para este tipo de supuestos. Esta operación no tendría mayores dificultades pues podría hacerse en términos similares a lo que ya se realizó en materia de contratos con el art. 5.1 RBI⁸⁵⁹, en este caso añadiendo un inciso propio indicando como criterios el establecimiento del editor/emisor de contenidos y el centro principal de intereses de la víctima.

Partiendo de esta posibilidad habría de determinarse cuál sería la justificación de este criterio de competencia. Como ya se ha referido en numerosas ocasiones, los criterios de competencia especiales se justifican por la especial conexión que existen entre el litigio y el foro (por razones de buena administración de justicia y de sustanciación adecuada del proceso) y desde esta perspectiva es desde la que se debe analizar si el criterio centro principal de intereses de la víctima cumple con esa proximidad -que lo justifique-. Cuando este lugar coincide con el del establecimiento del editor/emisor de contenidos esta conexión entre foro y el litigio es indudable. Ahora bien, cuando estos no coinciden esa proximidad estaría menos fundamentada en relación con los daños sufridos en el lugar del establecimiento del editor, pero no carecería de justificación⁸⁶⁰. Si bien pudiera alegarse que a los mismo resultados podría llegarse con el único recurso al lugar del establecimiento del editor/emisor de contenidos, pueden

⁸⁵⁹ Vid. C. I. Cordero Álvarez, “Algunos problemas de aplicación...”, *loc. cit.*, p. 428.

⁸⁶⁰ En este sentido Torralba Mendiola refiere que estaría justificada por razones de buena administración de justicia y de sustanciación adecuada del proceso si lo que se quiere es evitar la multiplicación de foros competentes y “de demandas paralelas respecto de daños generados por un mismo comportamiento causal” (cf. “La difamación...”, *loc. cit.*, p. 21).

argumentarse objeciones parecidas al respecto, ya que si bien la conexión con el lugar del hecho causal es obvia no lo es respecto de los daños materializados en el resto de Estados -al menos no en mayor manera que la que pueda establecerse para el lugar del centro de intereses de la víctima-. Además, este criterio del lugar del establecimiento del editor puede contar con problemas adicionales de localización, es posible que no sea fácilmente localizable este lugar o que sea modificado con posterioridad -o incluso que su localización haya sido buscada de manera consciente por el editor en una jurisdicción donde su ordenamiento jurídico sea más ventajoso para esta parte en estos supuestos-.

F) Una regla específica de competencia para las lesiones de los derechos de la personalidad

80. Por último, con el fin de acumular en un único Estado la competencia universal para conocer de todos los daños causados por la publicación de información controvertida por cualquier medio de difusión (incluido o, mejor dicho en particular, respecto de Internet por los importantes problemas que en este contexto genera la situación actual), cabría plantearse la posibilidad de conjugar una regla específica de competencia para los litigios sobre derechos de la personalidad, al margen de la prevista para los supuestos de responsabilidad extracontractual en general. Para ello se refiere la especial protección de estos derechos en la generalidad de los ordenamientos nacionales que debería igualmente reflejarse en el DIPr, tanto en el sector de la ley aplicable⁸⁶¹ como en el de la competencia judicial internacional⁸⁶² (íntimamente relacionados). En este sentido, en la generalidad de las legislaciones nacionales la acción de protección de

⁸⁶¹ En este sentido se ha llegado a afirmar que la LO 1/82 tiene un ámbito de aplicación espacial que viene determinado “por una norma de conflicto de formulación unilateral implícita”, la cual obliga a su aplicación siempre que la edición o la distribución de la publicación se haya realizado en España. Cf. P. Abarca Junco, “Competencia judicial...”, *loc. cit.*, p. 13; en los mismo términos, *id.* “El derecho a la intimidad en el DIPr español”, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 1992, nº 2, pp 7-28.

⁸⁶² La protección superior de estos derechos podría fundamentarse en base a su específica naturaleza, por su carácter de derecho fundamental, y porque las consecuencias directas previstas en caso de su conculcación son medidas sancionadoras extrapatrimoniales que exclusivamente se derivan de la naturaleza de estos derechos. Consecuentemente, se haría necesario la existencia de un foro de competencia especial que garantizara una protección jurisdiccional mayor de la que se otorga a través de los cauces clásicos de responsabilidad civil, lo que permitiría la adopción de tales medidas –que en principio no derivan de este tipo de responsabilidad- (*ibídem*).

los derechos de la personalidad es específica en relación a la responsabilidad civil clásica. En el Derecho interno la tutela de estos derechos se concreta en determinadas medidas de protección⁸⁶³ que van más allá del amparo otorgado por la responsabilidad civil clásica –lo que pone de manifiesto claramente la importancia que para el legislador nacional tienen estos derechos-⁸⁶⁴. En el ámbito de la competencia judicial internacional podría traducirse en una ampliación de fueros que facilitara al demandante la iniciación del procedimiento para tutelar sus intereses. Ahora bien, este fuero necesitaría cumplir con el principio de proximidad razonable que debe inspirar todo sistema de competencia judicial internacional, esto es, que asegure una vinculación suficiente entre los hechos en que se sustenta el litigio y el ámbito territorial del tribunal del foro, para asegurar la eficacia de éste último –garantizando así el equilibrio entre las partes y los intereses en juego-. Desde esta perspectiva, la conexión debería ser “el lugar de violación del derecho”. La concreción de este criterio de conexión, al igual que ocurre con el previsto en general para los supuestos de responsabilidad extracontractual -lugar del daño-, resulta problemática. Con lo que en estos términos la previsión de un fuero específico (inmediato) para estos casos no facilitaría la concreción de la conexión. Aunque esto podría solventarse identificándolo como regla general el lugar de violación del derecho con el del domicilio de la víctima -presunción que podría ser desvirtuada en cualquier momento-.

81. Ahora bien, con el objeto de determinar el criterio de competencia más adecuado para estos supuestos, pueden tenerse en consideración varios elementos. Por ejemplo, se podría tomar como referencia los fueros de protección previstos en el régimen RBI/CL –por ejemplo, para los contratos consumo y trabajo-. Esto conduciría a la positivación del fuero del domicilio del demandante, es decir, el de la víctima. Con ello se abriría la puerta al *forum actoris* en los supuestos de atentado contra la vida privada a través de los medios de difusión masivos, lo que se ha venido reclamando desde el principio por cierto sector doctrinal. Es el caso de Bourel⁸⁶⁵, para el que en un

⁸⁶³ En España en la LO1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, reformada por la LO 3/1985 de 29 de mayo.

⁸⁶⁴ Sin olvidar que éstos típicamente chocan con otros igualmente fundamentales en este tipo de litigios: la libertad de expresión y de información. Esto incide aun más en la necesidad de articular una regla específica de atribución de competencia uniforme en el ámbito comunitario.

⁸⁶⁵ Vid. P. Bourel, “Du rattachement...”, *loc. cit.*, pp. 356 y ss. Más recientemente, pero en la

supuesto de atentados contra el honor por los medios de comunicación el lugar donde la víctima tiene su domicilio es el lugar donde el delito –civil- se realiza en su conjunto; es decir, donde se verifican los diferentes elementos que constituyen el ilícito, sin que quepa disociación entre acto y daño. De esta forma se permitiría a la víctima acceder a la justicia en el lugar donde goza de fama y honor, donde es reconocida y tiene su vida⁸⁶⁶. Y este criterio no es nuevo, pues se utilizaría una herramienta ya existente en el sector del Derecho aplicable⁸⁶⁷. Aunque la jurisprudencia nacional mayoritaria no admite esta posibilidad en la materia⁸⁶⁸. Otra opción para conseguir el objetivo de protección de la víctima podría ser la utilización puntos de conexión alternativos –a elección del demandante-, donde se encajaría el *forum actoris* como primera regla, pudiéndose completar con un criterio de vínculos más estrechos (estableciéndose una serie de presunciones *iuris tantum*, por ejemplo, dependiendo del medio o instrumento utilizado para la conculcación de los derechos)⁸⁶⁹.

La justificación del *forum actoris* en este sector podría encontrarse no sólo en la especificidad que la acción de protección de los derechos de la personalidad tiene en el Derecho interno –en relación con la responsabilidad civil clásica-, sino también por el

misma línea, aun respecto de la competencia judicial internacional con base al 5.3 CB en relación asunto *Shevill*, otros autores como A. Crespo Hernández, en su artículo “Precisión del *forum locus delicti commissi* ...”, *loc. cit.*, pp. 5-6; o P. Blanco-Morales Limones en su artículo “Mass media...”, *loc. cit.*, p. 9. Incluso existe referencia expresa a la localización del lugar del daño en el domicilio de la víctima en sentencias recientes de tribunales españoles: “(...) podrá concretarse el lugar de producción del daño allí donde el afectado tenga su domicilio y desarrolle su vida de relación social, pues es aquí donde la sociedad le atribuye su relación o fama”. SAP de las Palmas, Secc. 3a, 20-01-2004, *AEDIPr* 2005, con Nota de A. Hernández Rodríguez, pp. 641-650.

⁸⁶⁶ Además de ser este criterio bastante frecuente en materia de responsabilidad civil.

⁸⁶⁷ Cf. P. Abarca Junco, “Competencia judicial...”, *loc. cit.*, p. 14.

⁸⁶⁸ Por ejemplo, la sentencia del Tribunal de *Grande Instance* de París de 30 de junio de 1984, asunto *Duquesa de Windsor c. Sánchez Gómez*, rebate explícitamente esta solución (*S.A.R. La Duchesse de Windsor c. Sánchez Gómez*), *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1985-1, pp. 141-146. (con nota de H. Gaudemet-Tallon).

⁸⁶⁹ Si bien, teniendo siempre en cuenta el carácter extracontractual de la obligación y la previsibilidad razonable del domicilio de la víctima como lugar del daño por parte del agente, con lo que aquí es donde encajaría ese análisis que permitiría al responsable evitar el enjuiciamiento en aquel foro si prueba que razonablemente no podía prever el daño en dicho territorio y, consecuentemente, se aplicaría necesariamente el criterio de los vínculos más estrechos.

carácter inmaterial de los daños derivados de su lesión, lo que dificulta su localización⁸⁷⁰. Son varias las ventajas que el reconocimiento del domicilio del demandante reporta como fuero de competencia. De entre ellas, la más destacable sería la proximidad del tribunal con el objeto del litigio y, por ende, la facilidad de iniciar un proceso⁸⁷¹. Pues si el enjuiciador es el juez del lugar del domicilio de la víctima, presumiblemente, podrá conocer mejor el daño ocasionado y el grado de perjuicio sufrido⁸⁷² (con base en elementos de prueba tales como la conducta anterior del ofendido, los efectos que sobre éste la infamia ha causado, etc.).

82. En cualquier caso, la introducción del *forum actoris* -tras *eDate Advertising*: bien como *locus delicti*, ya que en la generalidad de supuestos el centro de intereses de la víctima estará localizado en el Estado de su residencia, bien como lugar del daño, si es que no constituye su centro de intereses pero allí fue distribuido el contenido lesivo y allí es conocido el perjudicado) o como eventual futuro fuero especial, no elimina ni resuelve todas las dificultades, sobre todo si se trata de supuestos en el que la difusión del medio de comunicación en el lugar del domicilio de la víctima no ha sido razonablemente previsible por el editor/emisor del contenido -más aun si la intencionalidad del medio no es un elemento a tener en consideración, tal y como se deriva de *eDate Advertising*⁸⁷³-. Además, esta aproximación tampoco eliminaría los

⁸⁷⁰ Y en este sentido, para evitar la falta de previsión podría concretarse el lugar del domicilio de la víctima como *locus acti*, lo que supondría un criterio unitario de competencia judicial que eliminaría la multiplicidad de jurisdicciones potencialmente competentes en estos casos, y el más que probable peligro de *forum shopping*. Entre otros, *vid.* P. Blanco-Morales Limones “Mass media...”, *loc. cit.*, p. 9.

⁸⁷¹ Todo ello desde la perspectiva de atribuir la competencia judicial internacional al tribunal del foro de la víctima por proximidad y facilitar la tramitación del procedimiento, sin entrar en los más que presumibles problemas que puedan surgir en sede de reconocimiento de la sentencia en el Estado del demandado cuando éste sea tercer país no contratante, o en la adopción de medidas coercitivas de carácter cautelar.

⁸⁷² Lo que contribuye a la buena administración de justicia y de sustanciación adecuada del proceso.

⁸⁷³ Puede referirse aquí de nuevo las críticas planteadas al respecto en el momento de analizarse esta sentencia, al posibilitar al Estado del centro de intereses de la víctima conocer de la totalidad de los daños aunque la única conexión con el supuesto sea el acceso del contenido a dicho Estado sin tener en consideración otros elementos -en particular, la intencionalidad del medio-, lo que puede conducir a supuestos de competencia injustificados y, lo más importante, imprevisibles para el potencial medio

problemas del alcance limitado de las medidas de protección de estos derechos distintas de la resarcitoria (ya sean cautelares o de fondo, en particular respecto de la cesación de la actividad lesiva) cuando éstas son adoptadas por el foro con base en el fuero especial previsto para la acción resarcitoria -al no existir un tratamiento específico para estas medidas-, salvo aquellos supuestos en los que la edición o distribución/acceso coincidiera con el domicilio del demandante. Pero en cualquier caso, este fuero sería uno más de entre los que pudiese elegir el demandante⁸⁷⁴.

Pese a todo, quizá serían mayores las mejoras que se conseguirían con la introducción de este nuevo fuero que los inconvenientes. Los objetivos RBI/CL no se verían afectados -buena administración de justicia y sustanciación adecuada del proceso-, no habría competencia judicial concurrente y el riesgo de *forum shopping* tampoco sería relevante -por ese principio de competencia limitada y especial vinculación exigidos por el TJUE-, cumpliéndose con la exigencia de ese vínculo particularmente estrecho. Además, esto sólo supondría elevar como criterio específico de competencia la interpretación ficticia que por el TJUE se ha dado del *locus delicti* en *eDate*: el lugar del centro de intereses de la víctima que, en términos generales se identifica con su residencia habitual o domicilio. Con ello se podría evitar los problemas de concreción de este criterio que previsiblemente se irán planteando ante el Tribunal de Justicia para perfilar la doctrina *eDate Advertising*. Toda vez que estableciendo como criterio general la residencia habitual o domicilio del perjudicado se cubrirían la generalidad de supuestos que en la materia podría generarse, y para el resto -que no resultasen cubiertos- podría solucionarse con una cláusula de escape que permitiera un control por el tribunal del foro a este respecto desvirtuando esta presunción, en atención a ciertos elementos probatorios o indicios que permitan localizar el Estado donde realmente el derecho ha sido violado (para ello podrían traerse a colación los elementos demandado.

⁸⁷⁴ Frente a las previsiones de T. C. Hartley en su comentario a la Sentencia de la Court of Appeals inglesa en el asunto *Shevill* (anterior por tanto a la STJCE de 7 de marzo de 1995), tras el análisis de los hechos creía que difícilmente el Tribunal de Justicia permitiera a los Tribunales británicos declararse competentes y conocer del asunto por tener pocas conexiones con el daño, afirmando que lo más probable es que Tribunal analizara todas las publicaciones como un “evento dañoso único” y aplicara un principio que permitiera localizar el hecho dañoso en el país que tuviera mayor relación con el daño (Francia). Cf. T. C. Hartley “Article 5 (3) of the Brussels Convention”, *E.L. Rev.* 1992, 17(3), pp. 274-276 (p. 275).

indiciarios referidos en las conclusiones finales por el Abogado General Cruz Villalón y en parte suscritas por la sentencia *eDate Advertising*).

83. El TJUE ha descartado reiteradamente esta posibilidad -consagrar el *forum actoris*- en cualquier materia armonizada por la Comunidad a través del RBI/CB, al entender que choca frontalmente con el criterio general del sistema: el domicilio del demandado (fuera de los supuestos expresamente previstos en el instrumento⁸⁷⁵). En particular, respecto de su posible aplicación a las obligaciones extracontractuales derivadas de lesiones a los derechos de la personalidad, en el asunto *Shevill* el Tribunal de Luxemburgo no mencionó ni una sola palabra ante esta posibilidad, ni tampoco las conclusiones presentadas por los dos Abogados Generales⁸⁷⁶. De lo anterior resulta que el objetivo de seguridad prevalece sobre la protección de la parte “débil” –*favor laesi*-, y que la distinción dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual entre los diversos hechos ilícitos, dependiendo por ejemplo del tipo de daño -material o inmaterial-, o del tipo de derecho lesionado –fundamental, subjetivo, etc.-, no tiene relevancia para el Tribunal del Justicia. La razón es clara: dentro del contexto del RBI los intereses que determinan los fueros no son de carácter social (aun cuando se habla de consideraciones materiales directas como es el caso de consumidores, seguros o trabajadores) sino el buen funcionamiento del mercado⁸⁷⁷. Ahora bien, con la nueva sentencia *eDate Advertising* parece que se ha abierto una puerta a esta posibilidad si bien utilizando otra denominación -centro de intereses de la víctima- pero que en la práctica va traducirse en la generalidad de casos en la aplicación del *forum actoris*. Además, la previsión del lugar de residencia habitual de la víctima como foro de competencia específico con alcance universal cumpliría con las necesidades de coordinación entre los sectores de competencia judicial internacional y Derecho aplicable dentro del territorio

⁸⁷⁵ Entre otras *vid.*, STJCE, 19.01.1993, asunto *Shearson Lehman Hutton*, C-89/91, §. 17.

⁸⁷⁶ *Vid.* conclusiones del AG Sr. Darmon presentadas el 14 de julio de 1994 y las conclusiones del AG Sr. Léger posteriormente presentadas el 10 de enero de 1995.

⁸⁷⁷ Al respecto el profesor J. D. González Campos con motivo de las Jornadas de la APDIRI sobre el proyecto de Tratado de la Constitución Europea, en febrero de 2005, concluye que: “(...) incluso podría hablarse de un espacio europeo de Justicia subordinado al mercado interior si se tiene en cuenta que las medidas adoptadas en este ámbito pueden excluir, como se ha indicado, las soluciones adoptadas en el ámbito de aquel por perseguir tan solo los objetivos propios del mercado”; en su artículo “La Constitución europea y el derecho internacional privado comunitario: ¿Un espacio europeo de justicia en materia civil complementario del mercado interior?”, *REEI*, Nº 9, 2005.

comunitario si se sigue la propuesta de la elaboración de una norma de conflicto basada en la residencia habitual de la víctima -pero con correctivos-.

V.-) La responsabilidad de los prestadores de servicios *online*

1.-) La responsabilidad extracontractual y responsabilidad contractual

84. Cuando para la infracción de los derechos de la personalidad se ha hecho uso de los servicios *online* prestados por los diferentes proveedores –para la publicación y difusión de las informaciones potencialmente lesivas-, los prestadores de estos servicios podrían incurrir eventualmente en cierta responsabilidad derivada de estos daños. En particular, los supuestos más típicos suelen darse en relación con los servicios ofrecidos por las redes sociales *online*. Y esto es debido a que éstas constituyen una plataforma generalizada para los usuarios donde colgar información y contenidos sensibles cuya exposición puede resultar lesiva para los derechos de la personalidad. En este contexto, cabría plantearse por el perjudicado la posibilidad de extender la legitimación pasiva a la red social para el ejercicio de la acción de reparación o resarcitoria–sin perjuicio y al margen de las posibles medidas de cesación y/o prohibición que contra estos prestadores de servicios de la sociedad de la información pudiera ejercitar sin que para ello sea necesario que concurra ninguna responsabilidad para estos intermediarios-. Para dirimir judicialmente esas posibles responsabilidades es necesario despejar previamente una cuestión: la naturaleza contractual o extracontractual de esa obligación (dependiendo de la relación que medie entre el prestador de servicios *on line* y el presunto perjudicado en sus derechos), pues de ello dependerá qué tribunales pueden conocer del litigio (así como el Derecho que estos apliquen para resolver sobre la cuestión de fondo: su eventual responsabilidad derivada de la publicación y difusión). Para ello hay que delimitar necesariamente las distintas relaciones que en este contexto pueden darse entre los sujetos que operan en el ámbito virtual (en particular para el caso de las redes sociales). En este sentido, pueden distinguirse cuatro tipos de relaciones⁸⁷⁸: tres de las que puede derivarse responsabilidad extracontractual, y una última que puede generar responsabilidad contractual. Así pues, debe diferenciarse entre la relación vertical que

⁸⁷⁸ Sobre la posible variedad de relaciones entre los actores en Internet y el contenido potencialmente lesivo, *vid.* G. J. H. Smith, *Internet Law...*, *ob. cit.*, pp. 174-175 (párrs. 4-011 a 4-012).

existe entre el prestador de servicios –la red social *online*- y sus usuarios, de las relaciones horizontales de los usuarios entre sí y, finalmente, de la posible incidencia de terceros -no usuarios- con usuarios y/o con el prestador de servicios *online*. Ahora bien, cuando lo que se pretende es despejar la cuestión de la posible responsabilidad –indirecta- del prestador de servicios *online* en la producción del daño, estas relaciones se reducen a la que existe entre la red social con sus usuarios –típicamente contractual- y la que pueda existir entre la red social con terceros no usuarios que resulten perjudicados en sus derechos de la personalidad por los servicios prestados –extracontractual -. Es en estos dos tipos de relaciones en los que se centrará ahora el análisis de la posible competencia judicial internacional –exclusivamente desde la perspectiva comunitaria y en relación con los servicios de las redes sociales *online*-.

85. La delimitación de los aspectos que de la relación existente entre los prestadores de servicios *online* y los usuarios deben reputarse como estrictamente contractuales es una cuestión importante, pues de ella dependerá la aplicación de unos u otros fueros. Si bien los fueros de carácter general no plantean problemas en este sentido (al coincidir en uno u otro supuesto), los fueros especiales por razón de la materia pueden presentar dificultades de orden práctico. Calificar la cuestión litigiosa como contractual o extracontractual va a determinar la aplicación bien del art. 5.3º RBI/CL bien del art. 5.1º RBI/CL (o, en su caso del art. 15 RBI cuando se trate de contratos que puedan considerarse como de consumo⁸⁷⁹). Pero la existencia de un contrato entre las partes en litigio no supone que todos los problemas que puedan surgir entre ellas sean de naturaleza contractual, además de que el contenido del contrato es distinto según el tipo de prestador de servicios de la sociedad de la información de que se trate – ya que las prestaciones contratadas y debidas varían según las funciones que el prestador cumpla en la red⁸⁸⁰-. En particular, cuando se trata de las redes sociales los servicios que se ofrecen son mucho más complejos que los de otros prestadores, por ejemplo aquellos que se limitan al almacenamiento de datos⁸⁸¹. En consecuencia, no

⁸⁷⁹ Lo que podría incidir en la potencial autonomía de las partes a la hora de elegir jurisdicción para conocer de sus litigios, en el sentido de limitar la validez de los acuerdos de elección de foro estableciendo unas condiciones básicas para que sean válidos y desplieguen todos sus efectos.

⁸⁸⁰ No son las mismas obligaciones las que se asumen por los servicios de alojamiento de contenidos, que por servicios de acceso, de enlace, búsqueda, etc.

⁸⁸¹ Dada la interacción con los usuarios, puede decirse que tienen un contenido sustancialmente

cabe afirmar sin más que por hecho de que medie entre las partes una relación jurídica previa, el objeto del litigio en particular será contractual, de tal manera que lo que procede es el análisis particular de cada caso concreto para despejar tal cuestión y localizar, en cada caso, el criterio de competencia aplicable. En cualquier caso, el objeto del litigio -según el principio de disposición- se diseña por las propias partes en función de sus pretensiones por lo que el tribunal del foro necesita conocerlas (principalmente a través de los escritos de demanda y contestación) para poder realizar esta calificación⁸⁸² y así determinar el fuero que le reconoce competencia judicial internacional para conocer (y posteriormente, el Derecho aplicable en función de la regla conflictual).

2.-) Responsabilidad extracontractual derivada del funcionamiento del servicio

86. Cuando el daño a los derechos de la personalidad de un sujeto es consecuencia directa del funcionamiento de los servicios que el prestador ha facilitado en Internet, la víctima podría plantearse la posibilidad de exigir responsabilidad extracontractual frente a aquella⁸⁸³. Un supuesto de este tipo sería aquél en el que por ejemplo un usuario colgara una información personal en su perfil de una red social –por ejemplo una fotografía en el que aparece él y otro sujeto no usuario en una situación comprometida- pero lo hace restringiendo su acceso exclusivamente a un número muy limitado de personas, y para ello utiliza todas las herramientas que el servicio ofrece para restringir el acceso y diseñar la privacidad de esos datos. La eventual exposición de esta información a terceros usuarios de la red social que no se encontraban dentro de la lista de admitidos –por un mal funcionamiento del servicio- atentaría tanto contra la privacidad del usuario que colgó la información⁸⁸⁴ como contra la del no usuario que aparece en esa información controvertida –la fotografía-. Esa eventual responsabilidad extracontractual de la red social puede ser objeto de aproximación desde dos

diferente al asumido por los servicios de alojamiento de contenidos.

⁸⁸² De tal manera que será contractual aquello que caiga dentro del círculo de intereses del contrato y extracontractual aquello que quede fuera.

⁸⁸³ Cuando con el perjudicado la red social no tiene una relación contractual de prestación de servicios –no usuario-, o cuando el daño excede de esa relación preexistente entre las partes aun siendo usuario.

⁸⁸⁴ En este caso la eventual responsabilidad que el usuario pudiera exigirle al prestador de servicios sería típicamente de naturaleza contractual.

perspectivas distintas. En primer lugar, puede considerarse que la responsabilidad del prestador de servicios de la sociedad de la información en la comisión del daño es consecuencia directa de una prestación defectuosa de sus servicios, y en ese sentido podría traducirse a un supuesto de responsabilidad extracontractual por productos defectuosos. En segundo lugar, es posible considerar que el daño se deriva de un uso o utilización de una información personal de la víctima que es ilícita, lo que permitiría encauzarlo dentro de la materia del tratamiento datos personales. En ambos casos estas materias están armonizadas dentro de la UE⁸⁸⁵. La posibilidad de calificar el supuesto como de responsabilidad por productos defectuosos es una cuestión de Derecho aplicable, de tal manera que se despejará en función del ordenamiento jurídico nacional que rija esa responsabilidad extracontractual en particular. En cualquier caso, ya sea calificado como responsabilidad por productos defectuosos o como tratamiento de datos personales, se trata de responsabilidad extracontractual, lo que desde el punto de vista de la competencia judicial internacional tiene un único tratamiento desde la perspectiva comunitaria, pues el RBI prevé por razón de la materia un único fuero especial para las obligaciones extracontractuales: el art. 5.3º. Y para el resto de fueros generales esta distinción tampoco resulta determinante. Esto mismo ocurre en la generalidad de sistemas de fueros de fuente interna, como es el caso de la LOPJ, donde únicamente se prevé una norma de competencia judicial internacional para la materia extracontractual (art. 22.3⁸⁸⁶) y el resto de fueros generales no se ve afectado por la calificación

⁸⁸⁵ En lo que respecta a la responsabilidad por productos a través de Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos (DOUE, 7 de Agosto de 1985), implementada en el ordenamiento español por la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos (derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, de 30-11-2007, pp. 49181-49215). El tratamiento de datos personales está armonizado por varias Directivas. Básicamente la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO L 281 de 23.11.1995) (versión consolidada <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1995L0046:20031120:ES:PDF>); y Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) (DO L 201 de 31.7.2002).

⁸⁸⁶ Aunque en el texto se recogen al respecto dos fueros especiales, alternativos a los fueros generales del 22.2º: el *forum delicti commissi*, y la residencia habitual común en España del autor del

particular del supuesto dentro del sector extracontractual.

3.-) Responsabilidad contractual

A) Contratos de prestación de servicios: lugar de prestación

87. En este apartado se analizará los fundamentos de la competencia judicial internacional para conocer de la eventual responsabilidad que puede derivarse de las relaciones entre los usuarios de los servicios *online* y los prestadores de esos servicios. En este sentido, la posible responsabilidad contractual en la que pudiera incurrir eventualmente el prestador de servicios de la sociedad de la información cuando se lesionen los derechos de la personalidad de un usuario viene dada⁸⁸⁷ porque el daño se generó como consecuencia de sus servicios (del funcionamiento normal o anormal). El carácter contractual de la relación entre usuarios y el prestador de servicios *online* es clara, la cuestión que podría plantearse es el carácter de la relación contractual que une al usuario/perjudicado con el prestador de servicios. Dada la diversidad de prestadores de servicios de la sociedad de la información que existe y las diferentes actividades que estos desarrollan *online*, sería necesario analizar cada caso concreto para contestar válidamente a esta cuestión⁸⁸⁸. En términos generales, la categoría contractual más adecuada es la de prestación de servicios, ya que la generalidad de prestadores se encarga de proveer a sus usuarios con distintos servicios a través de su plataforma *online*.

88. Una vez que se parte del carácter contractual de la posible responsabilidad del prestador de servicios con sus clientes/usuarios en la comisión del daño a sus derechos, ha de localizarse el fuero especial que atribuya competencia. En términos generales, en materia contractual el art. 5.1º RBI/CL. El art. 5.1 a) otorga competencia a

daño y de la víctima. Si bien, este último tiende a ser desplazado por el foro del domicilio del demandado –sin perjuicio de que esta circunstancia requeriría la aplicación del RBI en esta materia y el consecuente desplazamiento del art. 22.3 LOPJ-.

⁸⁸⁷ Presupuesto necesario para que pueda plantearse su eventual responsabilidad en la comisión del daño.

⁸⁸⁸ Se hace un análisis particular de las redes sociales *online* por la gran incidencia que este tipo de prestadores tienen en la actualidad, que les configura como una plataforma muy común entre los usuarios para publicar/colgar contenidos de carácter íntimo y privado, de tal manera que son una potencial fuente de conflictos .

los tribunales del Estado “donde hubiere o debiere ser cumplida la obligación”⁸⁸⁹. Para concretar el lugar de cumplimiento (o ejecución) el art. 5.1º en su letra b) prevé una serie de reglas en función del tipo de contrato del que se trate. Sin embargo, esta disposición no define qué se entiende por cada uno de los contratos que enumera, se limita a concretar el criterio territorial señalado en su apartado a). Consecuentemente, ante la amplia variedad de tipos de contratos que se pueden suscribir con el proveedor de servicios (en función de sus actividades) quizá no permitiría –como ya se anticipó– una única calificación de este tipo de contratos para la aplicación de estas reglas. Pero sí puede hacerse con carácter general, partiendo de su consideración como contratos de prestación de servicios, y para ello se acude a la doctrina TJUE donde se define a los efectos del art. 5.1 RBI cada una de estas figuras contractuales. Para poder calificar como contrato de prestación de servicios la relación entre la red social *online* y sus usuarios, habrá que concretar qué se entiende por aquellos para el TJUE (a los afectos del 5.1 b) RBI). En esta cuestión resulta esencial la sentencia *Falco* (As. C-533/07 de 23 de abril de 2009)⁸⁹⁰. Tal y como se establece por el Tribunal en esta sentencia el concepto de servicios implica, como mínimo, que la parte que los presta lleve a cabo una determinada actividad como contrapartida de una remuneración. Los contratos que los usuarios firman –a través de la aceptación de de sus condiciones de uso– encajan en esta definición, ya que aunque en principio pudiera alegarse la falta de contraprestación para ello –pago de un precio– en realidad sí que existe esa prestación debida del usuario (que generalmente paga esos servicios con sus propios datos personales con los que el

⁸⁸⁹ En relación con el concepto de “obligación” contenido en el artículo 5.1, *vide* las sentencias de 15 de enero de 1987, *Shenavai*, 266/85, Rec. p. 239, §9; de 29 de junio de 1994, *Custom Made Commercial*, C-288/92, Rec. p. I-2913, §23; de 5 de octubre de 1999, *Leathertex*, C-420/97, Rec. p. I-6747, §31, y de 19 de febrero de 2002, *Besix*, C-256/00, Rec. p. I-1699, § 44, todas ellas en relación con el CB pero totalmente vigentes dada la total identidad con el art. 5.1 RBI. En lo que respecta al lugar de cumplimiento de dicha obligación, véanse las sentencias *Tessili*, asunto 12/76 de 6 octubre 1976, §13; *Custom Made Commercial*, asunto C 288/92, §26; de 28 de septiembre de 1999, *GIE Groupe Concorde y otros*, C-440/97, Rec. p. I-6307, § 32; *Leathertex*, antes citada, § 33, y *Besix*, antes citada, §§ 33 y 36.

⁸⁹⁰ Entre las preguntas que se plantearon como primera de ellas se encontraba la cuestión de la figura contractual que constituía un contrato por el cual el titular de un derecho de propiedad intelectual autoriza a la otra parte contratante a explotar dicho derecho (contrato de licencia) con el objeto de encajar lo o no dentro del contrato de “prestación de servicios” en el sentido del artículo 5, punto 1, letra b) del RBI.

prestador de servicios comercia posteriormente⁸⁹¹). Con lo que típicamente la relación entre los prestadores de servicios de la sociedad de la información y sus usuarios deberían ser calificados como contratos de prestación de servicios, lo que se traduce en que la competencia judicial internacional especial de los tribunales de los Estados miembros podría sustentarse sobre la base del 5.1 b) RBI. Ahora bien, para aquellos contratos que no pudieran ser calificados como de prestación de servicios –por ejemplo si eventualmente se considera que es el propio usuario el proveedor de la información⁸⁹²- sería de aplicación el artículo 5.1 a) RBI (aplicable a los contratos que no sean contratos de compraventa de mercaderías⁸⁹³ ni contratos de prestación de servicios) de conformidad con el art. 5.1 c). En cualquier caso, esta distinción –entre contratos de prestación de servicio o proveedores de contenidos- que supone un cambio en el sujeto que se obliga a realizar la prestación característica, podría no suponer un cambio respecto del lugar donde la prestación –los servicios por el ISP, o la publicación de los contenidos por el usuario en su caso- debiera cumplirse, pues en ambos casos podría eventualmente coincidir (ya que el lugar donde se prestan los servicios por los prestadores de la sociedad de la información podría localizarse allí donde el usuario hace uso de ellos –resultado⁸⁹⁴-, que generalmente coincide con su residencia, en vez del lugar donde se presta la actividad –identificable con el lugar de origen-; y en caso de considerar que sea el propio usuario el proveedor de los contenidos, éste cuelga o publica esa información generalmente desde su domicilio o residencia⁸⁹⁵ –con alcance global o restringido en función de cómo configure su privacidad-).

89. Una vez calificado el contrato en particular el siguiente paso es localizar el lugar de ejecución o cumplimiento para delimitar el foro competente a la luz del RBI. Para la aplicación del art. 5.1 a) RBI es necesario determinar la prestación en concreto

⁸⁹¹ Lo que se traduce en enormes beneficios económicos. En particular, sobre las redes sociales, *vid.* A. Soler Presas, “Am I in Facebook?”, *Indret*, 3/2011, julio 2011, p. 1-44, en esp. p. 29 (www.indret.com).

⁸⁹² Esta es una de las posibilidades que se barajan en cuanto a la calificación de la relación de las redes sociales online con sus usuarios. *Vid.* P. A de Miguel Asensio, “Social Networking Sites... *loc. cit.*, pp. 11-15.

⁸⁹³ Aunque cabe recordar que por cierta doctrina se ha hablado de “mercantilización” de estos derechos por sus titulares cuando se han referido a estos actos de disposición.

⁸⁹⁴ Donde se descargan los contenidos por ejemplo (*download*).

⁸⁹⁵ Donde cuelgan los contenidos por el proveedor- en este caso el usuario-, (*upload*).

por la que se demanda para poder localizar el lugar de su cumplimiento. Si se considera que es el usuario el que se encarga de proveer de los contenidos, ese lugar coincidirá típicamente con el de su residencia o domicilio habitual –pues es desde allí donde el usuario suele colgar o publicar la información-. En el caso del 5.1b) –contratos de prestación de servicios- es la prestación de servicios la que debe localizarse, lo que en este tipo de contratos (entre la red y el usuario) podría identificarse allí donde el usuario haga efectivo el uso de esos servicios ofrecidos –y contratados-, lo que también típicamente coincidiría con el lugar de su residencia/domicilio/establecimiento⁸⁹⁶. Aunque no puede olvidarse que potencialmente puede ser cualquier parte del mundo por el alcance global de este tipo de servicios, salvo que se encuentren limitados o restringidos de alguna manera⁸⁹⁷. Esta operación –localización del lugar donde deben prestarse los servicios- será sencilla si se recoge esta información en el contrato⁸⁹⁸, en caso contrario el lugar de cumplimiento de la prestación habría que determinarse en función del Derecho material que resulte aplicable según las normas de conflicto del foro⁸⁹⁹. En consecuencia, sería un supuesto en el que la concreción de la competencia judicial internacional estaría condicionada por el Derecho aplicable al contrato. Además, el criterio de localización de competencia del 5.1º RBI se refiere al lugar de cumplimiento de la obligación y no a cómo debe ejecutarse la prestación⁹⁰⁰ que es una

⁸⁹⁶ Si se sigue la idea de que el servicio es prestado donde el proveedor de servicios realiza las actividades necesarias para ello y donde el usuario recibe los respectivos resultados. *Vid.* P. Mankowski, “Sección 2, Special Jurisdictions...”, *loc. cit.*, pp. 175-176.

⁸⁹⁷ Por ejemplo mediante mecanismos que impidan el acceso de los servicios a las personas residentes en ciertos Estados o, en sentido contrario, que únicamente permitan su uso a las personas sitas en determinados países. Y en este mismo sentido también el idioma utilizado puede servir como indicio delimitador del lugar al que va dirigido el servicio.

⁸⁹⁸ Por lo que habría que estar a las condiciones de uso o términos de uso establecidas por la red social para sus usuarios para ver si se dice algo de esto en ellas –por ejemplo, si se encuentran los servicios limitados o restringidos a alguna zona geográfica particular, etc.-

⁸⁹⁹ En general sobre la génesis de este precepto P. Beaumont, “The Brussels Convention becomes a regulation; implications for legal basis, external competence and contract jurisdiction”, en J. Fawcett (ed.), *Reform and Development of Private International Law: Essays in Honour of Sir Peter North*, Oxford, 2002, pp. 9–30; K. Takahasi, “Jurisdiction in matters relating to contract: Article 5.1 of the Brussels Convention and Regulation”, *E.L.Rev.* , Nº 5, 2002, pp. 530-550. En lo que respecta específicamente al apartado b) del 5.1 RBI, véase P. Mankowski, “Chapter II, Sec. 2, Art. 5”, *loc. cit.*, pp. 121-125 y pp. 144-157.

⁹⁰⁰ Aunque la base de la demanda sea el incumplimiento defectuoso de la obligación, para la

cuestión de Derecho aplicable (*lex contractus*), y ésta será la que determine si el cumplimiento fue o no defectuoso y si hay, en consecuencia, base para la responsabilidad.

Como se observa, la concreción del lugar de cumplimiento de la prestación se complica cuando se trata de un contrato internacional de prestación de servicios donde estos se prestan en distintos Estados, como es el caso de los prestadores de servicios *online* –ya que su actividad se dirige, salvo prueba en contrario, a la generalidad de Estados, esto es, globalmente-. En estos supuestos se plantea dónde es posible demandar en base al 5.1 b) RBI⁹⁰¹. La respuesta a esta pregunta –si bien no para los servicios prestados en Internet- la ha dado el Tribunal de Justicia en el asunto *Rehder*⁹⁰². Ante pluralidad de lugares de prestación de servicios en distintos Estados miembros debe determinarse qué lugar garantiza la vinculación más estrecha entre el contrato y el órgano jurisdiccional competente, y éste será en particular aquel en el que en virtud del contrato deba efectuarse la principal prestación de servicios (*Rehder* § 38)⁹⁰³. La siguiente cuestión es cómo debe concretarse cuál es la principal prestación de servicios. Según la sentencia *Color Drack*⁹⁰⁴ el lugar de prestación de servicios principal debe determinarse en función de criterios económicos. Habría que estar entonces a cada caso particular para que el tribunal del foro evalúe todos los datos del contrato y así poder determinar cuál es la principal prestación de servicios siguiendo criterios económicos. Pero para el caso en que no pudiera concretarse el lugar de la prestación principal, cada uno de los lugares de prestación que presenten un vínculo de proximidad suficiente con

aplicación de este fuero no se analiza por el tribunal del foro –ni puede hacerlo- si la prestación fue o no correcta, sino que verifica si el lugar donde fue ejecutada está dentro de su jurisdicción.

⁹⁰¹ Vid. P. Mankowski, “Chapter II, Sec. 2, Art. 5”, *loc. cit.*, pp. 181- 191, donde se manejan seis alternativas distintas para localizar este lugar de cumplimiento de la prestación en estos casos (incluyendo la teoría del mosaico), entre las que se encuentra la postura que finalmente ha acogido el TJCE: el lugar donde deba prestarse la principal prestación de servicios.

⁹⁰² STJCE de 9 de julio de 2009, as. C-204/08, dictado en materia de contratos de transporte aéreo internacional. Pero esta resolución es básica en la aplicación del fuero del lugar de ejecución a los contratos de prestación de servicios, en cualquiera de sus modalidades: transporte, consultoría, agencia, distribución o franquicia (*vid.* el considerando 17 RRI)

⁹⁰³ Ya que el lugar que garantiza el vínculo de conexión más estrecho entre el contrato y el órgano jurisdiccional competente es el de la entrega principal.

⁹⁰⁴ STJCE, sala 4ª, de 3 de mayo de 2007, as. C-386/05.

el litigio el demandante sería un foro posible para el demandante, pues podrá ejercitar su acción contra el demandado ante el Tribunal del lugar de prestación de su elección (*Color Drack*, §§40 y 42). Ahora bien, toda esta doctrina ha de matizarse cuando se trata de servicios que se prestan en Internet. Para determinar dónde se cumplen los servicios que se prestan *online*, previamente ha de delimitarse cuándo se está ante un mero observador de los hechos. El prestador de servicios *online* ejecuta su actividad allí donde su personal actúa o donde está localizado su equipo técnico que ejecuta electrónicamente lo que se demanda. No obstante, muchos de estos servicios no se completan si el cliente (el usuario) se beneficia y adquiere algún resultado. De tal manera que la mera actividad no es suficiente –se parte de la necesaria interacción entre el usuario y el prestador de servicios de la sociedad de la información-⁹⁰⁵. En este sentido, desde la perspectiva del art. 5.1 b) RBI, puede plantearse cuál es el elemento relevante para concretar ese lugar: la actividad o el resultado. De lo anterior resulta que traducido a este campo presenta dos alternativas posibles, bien optar por el lugar donde se sube el contenido por el proveedor (dónde se publica la información utilizando los servicios *online*, lo que coincidiría con el lugar del establecimiento del servidor) o donde el usuario lo descarga, en función de lo que se quiera dar más peso⁹⁰⁶. Parece que un sector importante de la doctrina opta por la primera de las aproximaciones⁹⁰⁷. La razón fundamental para inclinar la balanza de este lado es que, en caso contrario, podría surgir una dificultad añadida, y es que un último paso controlado enteramente por el usuario podría determinar el cumplimiento del proveedor. Pero en cualquier caso el lugar del servidor empleado por el proveedor podría ser desechado si se considera que puede estar localizado arbitrariamente (e incluso si se considera fortuito). La misma argumentación cabe, con más razón, respecto de los lugares de los prestadores de servicios intermediarios.

⁹⁰⁵ Que utiliza un motor de búsqueda quiere obtener el resultado de lo que busca, lo mismo si lo que se quiere es un acceso concreto a un contenido *online*, etc.

⁹⁰⁶ Esta alternativa fue formulada por S. Savini, “Delocalizzazione del contratto stipulato su Internet – Problemi di giurisdizione e legge applicabile”, en *Contratto e impresa/Europa* 2002, pp. 1131-1190, en esp. p. 1147.

⁹⁰⁷ Fundamentalmente doctrina alemana. Véase la doctrina referida en U. Magnus, P. Mankowski (eds.), *European commentaries on Private...*, *ob. cit.*, p. 190 (en notas a pie nº 834 a 837).

Quizá entonces, cuando el lugar del prestador de servicios puede considerarse arbitrario –o al menos fortuito en su elección- es cuando los elementos y factores particulares del caso pueden alzarse para concretar la jurisdicción que, desde el punto de vista material, tiene mayor conexión con el supuesto⁹⁰⁸. En particular, cuando se trata de responsabilidad contractual derivada de la lesión de los derechos de la personalidad del usuario en el funcionamiento del servicio/s, el tipo de daños quizá pudiera permitir inclinar la balanza hacia el otro lado: el del usuario. Las conexiones con el tribunal del foro vendrían determinadas por la concurrencia en su jurisdicción de los intereses tutelados que presuntamente han sido conculcados⁹⁰⁹ (lo que típicamente coincidirá con el lugar donde la víctima tiene su centro de intereses: su domicilio), y desde donde se accedió a los servicios prestados⁹¹⁰.

90. En caso de duda sobre el lugar donde el servicio es prestado –en el contexto virtual- se puede plantear otra posibilidad, que consistiría en equipararlo con el lugar donde la persona que provee del servicio tiene su principal centro de negocio⁹¹¹. No obstante, esta aproximación podría ser equivalente a reintroducir conceptos jurídicos indirectamente -a través de la puerta de atrás-⁹¹², de tal manera que se está obligando a volver a un concepto fáctico. El problema fundamental que del uso de conceptos

⁹⁰⁸ Siguiendo con el criterio de proximidad entre el litigio y el tribunal competente. Para poder cumplir con las necesarias exigencias de previsibilidad de las reglas de competencia señaladas en el considerando nº 11 del RBI.

⁹⁰⁹ Lo que permite plantearse la existencia misma del daño.

⁹¹⁰ Ahora bien, si el sujeto es conocido en más de un país miembro donde también se dirigen esos servicios por la red social *online*, podría plantearse si cabe opción de elección de la víctima entre estas distintas jurisdicciones. Si lo que se trata es de encontrar un foro con competencia para conocer de la totalidad de los daños sufridos habría que localizar un único Estado con competencia –de tal manera, que habría que concretar de todos los Estados miembros donde la víctima fuera conocida el que esté en mejor posición para ello, esto es, donde se manifestó el daño principal-, en caso contrario se estaría ante una versión –contractual- del principio del mosaico que no estaría fundamentado. *Vid.* P. Mankowski, “Chapter II, Sec. 2, Art. 5”, *loc. cit.*, pp. 186-187.

⁹¹¹ *Ibid*, p. 124.

⁹¹² Lo que va en contra de la fundamentación esta regla especial de competencia, tal y como se deriva de su tramitación –alejada y opuesta a los conceptos normativos-. En especial, *vid.* Propuesta de la Comisión (*Proposal for a Council Regulation (EC) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*), COM (1999) 348 final p. 14. Fundamentalmente, en atención al asunto *Tessili*, C-12/76, [1976] ECR 1473 (sentencia de 6 de octubre de 1976).

normativos supone es la necesidad de localizar un Derecho material rector de esta cuestión –lo que supone tener que acudir al sistema de DIPr del foro para localizar ese sistema jurídico-. Además, la utilización de este criterio parte de una presunción que puede ser desvirtuada en cualquier momento: que el servicio es prestado allí donde el prestador tienen su centro de negocios⁹¹³. Pero aun así, en ciertos casos podría facilitar las cosas⁹¹⁴. En particular, esto podría evitar las dificultades que podrían derivarse si se refiere al lugar de facto donde el material es colgado (*place of uploading*)⁹¹⁵. En el DIPr europeo –aunque en el sector de Derecho aplicable- puede encontrarse preceptos que permiten indirectamente apoyar esta postura, como es el caso del art. 4.2 del CR en el que entre otros factores de conexión recoge el lugar donde el prestador tiene su establecimiento principal o su administración central⁹¹⁶. De ahí que el DIPr otorgue una mayor relevancia a la actividad –frente al resultado-. Y esto es así porque se parte de la consideración de que típicamente detrás de una actividad en la mayoría de los casos existe una organización –un entramado de fondo-, y no es posible aludir importantes contra argumentos ya que las reglas de competencia tienen que abarcar diferentes posibilidades. En caso contrario -si se requiriese un apoyo externo (del usuario) para

⁹¹³ Esta idea viene aparece avalada por la reciente sentencia del TJUE en el asunto *Wintersteiger* del pasado 19 de abril (*loc. cit.*). Para el Tribunal de Justicia el establecimiento del supuesto responsable constituye “un lugar cierto e identificable, tanto para el demandante como para el demandado” (ap. 37) si bien, esta afirmación puede no ser cierta en todas las situaciones, de tal manera que pudiera justificarse un análisis diferenciado según los casos. Ahora bien, pese a ello no puede desconocerse la importancia del lugar de establecimiento de la parte relevante para localizar actividades desarrolladas a través de Internet. Efectivamente, no puede descartarse que ese elemento pueda condicionar también en el futuro la interpretación de otras reglas de competencia del RBI con respecto a las actividades desarrolladas en Internet, como sería incluso la localización del lugar de prestación de los servicios en el marco del artículo 5.1 RBI. Sobre esta y otras cuestiones relevantes de esta sentencia véase la entrada del día 21 de abril de 2012 del blog de P. A. de Miguel Asensio.

⁹¹⁴ En este sentido puede verse a P. A. de Miguel Asensio, *Derecho privado...*, *ob. cit.*, párr. 892 (*in fine*) pp. 958-959; en términos similares, A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Conflictos de leyes...*, *ob. cit.*, pp. 53 y ss.

⁹¹⁵ En el sentido descrito por G. A. L. Droz y H. Gaudement-Tallon, “La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *Rev.cr.dr.int.pr.*, vol. 90, nº 4, 2001, pp. 601- 652, en esp. p. 636.

⁹¹⁶ Si bien, el RRI en su art. 4 (para concretar el Derecho objetivamente aplicable al contrato en defecto de elección), ya no recoge este factor de conexión sino que se opta por el de residencia habitual del prestador característico.

concretar el lugar donde se prestan los servicios-, partiendo de la definición aceptada de contrato de prestación de servicios, esto podría suponer que ese apoyo externo fuera el elemento central y primordial de la actividad⁹¹⁷. Además, con esta presunción se cumple con la necesaria previsibilidad para la aplicación de la regla de competencia especial contenida en el 5.1º b)⁹¹⁸.

B) Contratos de consumo

91. Hay un elemento más que puede condicionar la competencia judicial internacional cuando la responsabilidad contractual que se reclama por el perjudicado en sus derechos de la personalidad –usuario del servicio- se deriva de una relación contractual calificada de consumo. Cuando se califique el contrato entre el usuario y el prestador de servicios *online* como de consumo, y en caso de que se demande la responsabilidad dentro del ámbito de este contrato, en la concreción del foro en el ámbito del RBI incide esa condición –ya que prevé un régimen especial para estos casos-. El primer paso para aplicar el régimen especial de competencia judicial internacional diseñado para los contratos de consumo es concretar si esa relación contractual en especial tiene tal carácter a la luz del Reglamento. La disposición sobre competencia judicial internacional del art. 15.1º RBI establece que un contrato de consumo es aquél que se concluye por una persona física para un uso que puede ser considerado como ajeno a su profesión/empresa/oficio (el consumidor) con otra persona que actúa dentro del ejercicio de su actividad profesional o comercial (el profesional). El TJUE ha precisado –interpretando este precepto- cuáles son los requisitos necesarios para que pueda hablarse de consumidor. Únicamente los particulares y consumidores finales no relacionados con actividades comerciales o profesionales pueden ser considerados consumidores⁹¹⁹. Este análisis debe realizarse en cada caso concreto, para cada contrato, ya que un mismo sujeto puede ser consumidor en un contrato pero ser la parte profesional en otro⁹²⁰. Es importante lo que el Tribunal de Justicia ha recalcado en este sentido: que los requerimientos exigidos por el art. 15.1 c) RBI de que un contrato concluido por un consumidor con una persona en el ejercicio de su actividad profesional

⁹¹⁷ Cf. S. Savini, “Delocalizzazione del contratto...”, *loc. cit.*, p. 1147.

⁹¹⁸ Cumpliendo con las exigencias establecidas en el Considerando 11 del RBI.

⁹¹⁹ STJCE de 19 de enero de 1993, C-89/91, *Shearson Lehman Hutton, Inc.*

⁹²⁰ En este sentido, *vid.* STJCE de 3 de julio de 1997, C-269/95, *Benincasa*, §16.

o comercial pueden cumplirse incluso en aquellas situaciones en las que los consumidores se hayan limitado a manifestar su aceptación, sin asumir ninguna obligación frente a la otra parte en el contrato⁹²¹. Esto es precisamente lo que ocurre cuando el usuario suscribe las condiciones de uso/términos de servicio o cualquiera que sea la terminología utilizada por el prestador de servicios *online* para permitir el uso de los servicios ofrecidos.

Es necesario, de conformidad con el art. 15 1 c) RBI, que además la parte profesional del contrato ejercite sus actividades comerciales en el Estado miembro del domicilio del consumidor, o que por cualquier medio dirija tales actividades a dicho Estado –en exclusiva o a varios Estados miembros incluido aquel-, y el contrato estuviere comprendido dentro del marco de dichas actividades (paralelamente el art. 6.1 b) RRI⁹²²). En el contexto de las actividades *online* desarrolladas por las redes sociales, ha de precisarse si cumplen o no con este requisito⁹²³. En este sentido, resulta relevante la sentencia *Pammer*⁹²⁴, pues en ella el TJUE establece los criterios necesarios para entender cuándo una actividad profesional mostrada en una página *web* puede considerarse dirigida a un Estado miembro. No es suficiente con que desde el Estado de residencia del consumidor se tenga acceso a la página *web* –que pueda consultarla- para considerar que se cumple con este requisito. Es necesario, además, que existan evidencias de que el profesional pudiera prever que estaba haciendo negocios con consumidores domiciliados en el Estado miembro donde efectivamente el consumidor

⁹²¹ Cf. STJCE de 14 de mayo de 2009, C-180/06, *Ilseger*, §§51 y 54.

⁹²² Para la aplicación de las reglas especiales de conflicto en materia de contrato de consumo para garantizar la adecuada protección de los consumidores en el ámbito UE.

⁹²³ La legislación comunitaria parece en este sentido intencionadamente vaga o imprecisa al utilizar estas expresiones en el contexto virtual, lo que exige que sea el TJUE el que tenga que ir perfilando su contenido en atención a las circunstancias de cada caso. Las instituciones comunitarias eran conscientes de ello desde el principio, como muestra la declaración conjunta de el Consejo y la Comisión sobre los art. 15 y 73 del RBI (DGHIII 14139/00, p.5, http://euzpr.eu/eudocs/01prozessr/10zivilhandelsr/10brusselivo/brusselivo-172-rat_14139-00_en.pdf).

⁹²⁴ STJCE, de 7 de diciembre de 2010, asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09, *Pammer*. En esta sentencia se clarifica la expresión “actividades dirigidas” en relación con las ofertas de bienes y servicios a través de páginas *web*, a los efectos de su consideración como contratos de consumo a la luz del art. 15.1 c) RBI (lo que puede extrapolarse para el cumplimiento de los requisitos del art. 6.1 b) RRI para la aplicación del régimen especial conflictual previsto para los contratos de consumo en el territorio comunitario, ya que este precepto utiliza la misma expresión).

reside. A tales efectos, entre otros elementos de prueba que pueden ser relevantes, el TJUE menciona: “ el carácter internacional de la actividad en cuestión”, “la mención de números de teléfono con indicación del prefijo internacional, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor –por ejemplo «.de»– o la utilización de nombres de dominio de primer nivel neutros –como “.com” o “.eu”–”; “la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros”, y también el hecho de que la *website* permita al consumidor utilizar su lengua local cuando ésta sea diferente de las lenguas empleadas habitualmente en el Estado desde el cual el profesional ejerce su actividad⁹²⁵.

En definitiva, si a la luz de estos factores indiciarios señalados por el Tribunal de Justicia la red social *online* dirige su actividad al Estado del domicilio/residencia del consumidor (el usuario), será de aplicación el régimen especial de competencia judicial internacional contenido en la sección 4 del RBI (arts. 15 a 17) para dirimir sus posibles responsabilidades por los daños causados a los derechos de la personalidad derivados del funcionamiento de sus servicios. De lo anterior resulta la posibilidad de la víctima de elegir entre demandar en el Estado miembro donde el ISP tenga su establecimiento – oficina, sucursal, etc.- o en el Estado de su propia residencia habitual (art. 16.1º RBI). Además, la práctica generalizada que existe entre los operadores *online* de recoger en sus condiciones de uso cláusulas de elección de foro (a favor de terceros países no UE) podrían resultar nulas de conformidad con este régimen especial (art. 17 RBI). Toda vez que, aunque no se elimina del todo la posibilidad de la autonomía de las partes en este sector material sí se limita mucho, y se parte de la presunción de la falta de negociación de las condiciones de la contratación –lo que en el caso de las redes sociales *online* se cumple del todo, ya que son unilateralmente impuestas a los usuarios-⁹²⁶. En consecuencia, salvo que esa elección sea posterior al nacimiento del litigio o le dé al consumidor otras opciones distintas a las ya previstas (en esa sección, siempre de manera alternativa y no sustitutiva) o reconozca competencia a los tribunales del Estado de residencia habitual común de las partes (salvo que tales acuerdos estén prohibidos

⁹²⁵ Sentencia *Pammer*, (*loc. cit.*) §§80-84.

⁹²⁶ O en atención al distinto poder y el nivel de conocimiento de las partes en el momento de la negociación. *Vid.* P. Arnt Nielsen, “Chapter II, Sec. 4, Art. 15”, en P. Mankowski, U. Magnus (eds.), *European commentaries on..., ob. cit.*, pp. 369-390, en esp. pp. 386-390.

por ley), estas cláusulas no podrán ser invocadas válidamente por la red social *online* para desplazar la competencia reconocida por el RBI a los tribunales de un Estados parte a favor de un tercer Estado (al que se deben someter los usuarios suscribiendo las condiciones de uso si quieren utilizar los servicios).

CAPITULO CUARTO

MEDIDAS PROVISIONALES Y EFICACIA DE LAS DECISIONES JUDICIALES EXTRANJERAS

I.- Medidas provisionales y cautelares

1. La adopción de medidas provisionales o cautelares es bastante usual en los procedimientos por lesión de los derechos de la personalidad por publicación de material lesivo a través de medios de comunicación en general, y en los últimos tiempos frente a la publicación y difusión de contenidos lesivos en la red. Este tipo de medidas resultan de gran importancia en este ámbito, ya que permiten al titular del derecho lesionado defender sus intereses de manera cautelar sin tener que esperar a la resolución del fondo del asunto; lo que suele ser esencial en estos casos, pues en ese tiempo los daños que pueden producirse a estos derechos pueden llegar a ser irreparables. En este capítulo se van a analizar las distintas medidas de carácter provisional o cautelar que en este contexto que podrían solicitarse por los perjudicados desde el punto de vista del régimen de competencia judicial internacional aplicable en el sistema del RBI⁹²⁷, primero desde una perspectiva general para todos los litigios (para poder entender el contexto en el que se mueve la cuestión), para luego incidir en las particularidades propias de la materia en función de las medidas específicas más comunes en este tipo de litigios; con especial referencia a la cuestión fundamental del alcance de las medidas cuando se refieren a actividades transfronterizas.

1.- Competencia judicial para la adopción de medidas provisionales

A) Definición de medidas provisionales

2. En el sistema del RBI opera una definición autónoma de medidas

⁹²⁷ Vid. M. Pertegás Sender, “Chapter II. Jurisdiction: Section 10 –Provisional, including protective measures”, en P. Mankowski, U. Magnus (eds.), *European commentaries on..., ob. cit.*, pp. 609- 620; y C. Heinze “Choice of Court Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation”, *RabelsZ Bd. 75* , 2011, pp. 581–618, en esp. pp. 602-618.

provisionales o cautelares para que resulte de aplicación el art. 31 -que se ha establecido por la doctrina del TJUE⁹²⁸-. De este concepto autónomo se deduce que se refiere a aquellas medidas que, en las materias incluidas en el ámbito de aplicación del RBI/CL⁹²⁹, “van dirigidas a mantener una situación de hecho o de Derecho para salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento se solicita, además, al juez que conoce del fondo del asunto”⁹³⁰. Se trata de un concepto autónomo y restrictivo, exclusivamente definido para los propósitos del art. 31, y que sigue una postura clásica en la concepción de esta categoría de medidas⁹³¹. Cualquier otra medida que persiga un fin distinto al señalado o que no encaje dentro de esta definición⁹³² no podrá calificarse de provisional o cautelar a los efectos del RBI/CL y, por tanto, el tribunal no podrá acudir a este fuero

⁹²⁸ STJCE de 17 de noviembre de 1998, *Van Uden*, C-391/95, Rec. p. I-7091, apartado 47.

⁹²⁹ El art. 31 puede ser invocado en tanto que la materia sobre la que versa la medida provisional en cuestión caiga dentro del ámbito sustantivo del RBI. De tal manera que es la materia de la petición de la medida provisional en si misma la que delimita el ámbito del art. 31 (y no la técnica o procedimiento elegido para resolver la controversia –con especial referencia a su virtualidad en los procedimientos arbitrales- o la materia de los elementos particulares del caso –lo que puede ponerse en relación con las competencias exclusivas del art. 22 RBI-). En este sentido, sobre la operatividad de este fuero de competencia cautelar dentro del sistema de competencias del RBI, *vid.* M. Pertegás Sender, “Chapter II. Jurisdiction...”, *loc. cit.*, pp. 613-614 (respecto de su aplicación cuando las partes hubieran elegido como mecanismo de solución de controversias el procedimiento arbitral) y pp. 614-615 (en relación con la incidencia de las materias de competencia exclusiva en la adopción de las medidas cautelares).

⁹³⁰ *Ibid.*, § 13; y anteriormente, *vid.* SSTJCE de 26 de marzo de 1992, *Reichert y Kockler* (en adelante *Reichert II*), C-261/90, Rec. p. I-2149, §34, y *Van Uden (loc. cit.)*, §37.

⁹³¹ Lo que por algunos se ha interpretado con un obstáculo para conseguir un espacio judicial europeo verdaderamente unificado. Pues el TJCE en la interpretación del fuero cautelar sacrifica la fluidez y eficacia, deseables en todo procedimiento, por la seguridad jurídica. Lo que supone desconocer las aproximaciones de los Derechos judiciales privados nacionales. *Cf.* E. Pataut, nota a la STJCE, *St. Paul Dairy Industries NV c. Unibel Exser BVBA*, As. C-104/03, de 28 de abril de 2005, *Rev. crit. dr. int. pr.*, Vol. 94, Nº 4, 2005, pp. 742-753, en esp. p. 753. Véanse otras sentencias relevantes del Tribunal de Justicia a estos efectos en M. Pertegás Sender, “Chapter II. Jurisdiction: Section 10...”, *loc. cit.*, en notas a pie nº. 17 al 25.

⁹³² En particular, en el asunto *St. Paul Dairy (loc. cit.)* las medidas que se solicitaban –toma de declaración de testigos en un Estado miembro distinto- y que motivaron la petición de la cuestión prejudicial sobre la interpretación del art. 24 CB 68, se entendió por el TJCE que su objetivo era permitir al solicitante evaluar la oportunidad de una acción eventual, determinar el fundamento de tal acción y apreciar la pertinencia de los motivos que pueden invocarse, lo que supuso la no aplicación de este precepto (§§ 24-25).

específico para fundamentar su competencia. En el caso de que la medida que se pretenda solicitar no tenga en estos términos tal consideración habría que aplicar otros instrumentos. Por ejemplo, si fuera el caso, podría acudirse para la obtención de pruebas entre Estados miembros en el marco de un procedimiento judicial al Reglamento (CE) nº 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil⁹³³.

Esta definición resulta interesante a los efectos de que cada ordenamiento jurídico nacional de los Estados miembros reglamenta las medidas que pueden adoptarse en sus sistema con carácter provisional según su propia aproximación, si bien, esa autonomía regulatoria nacional se ve limitada por esta definición restrictiva si lo que se pretende es adoptar la medida con base en el art. 31 RBI. En el caso particular de las medidas previstas para salvaguardar los derechos de la personalidad frente a ataques no legitimados -fundamentalmente en el ejercicio de un eventual derecho a la libertad de expresión o información- las posibilidades son muy diversas en función del sistema nacional que resulte aplicable. En este sentido se van a analizar en un apartado específico las medidas concretas para la protección de los derechos de la personalidad previstas en el sistema español con carácter preventivo o cautelar -“para prevenir intromisiones inminentes o ulteriores” (art. 9.2 LO1/82)-, así como las denominadas *super injunctions* inglesas, para verificar si posible encajar estas medidas en el concepto autónomo de medidas provisionales del art. 31 RBI.

3. La actual revisión del RBI -en atención a la Propuesta de la Comisión⁹³⁴- plantea específicamente ciertas enmiendas al actual art. 31 y la primera de las propuestas viene referida a la propia definición de medidas provisionales. En este sentido, en el Considerando 22 de la Propuesta se pone de manifiesto la necesidad de

⁹³³ DO L 174, p. 1. O más allá del ámbito estrictamente comunitario, la Convención de la Haya de 1970.

⁹³⁴ *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters* – COM (2010) 748/3 (Brussels, 14/12/2010). Versión española: COM(2010) 748: Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida).

dar una noción clara de esta figura. Pero desgraciadamente la Propuesta de la Comisión no da esa claridad que se requería, ya que únicamente se refiere a medidas dirigidas a obtener información o preservar las pruebas -art. 36 de la Propuesta de la Comisión: “Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado miembro a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si (en virtud del presente Reglamento) un tribunal de otro Estado miembro *o un tribunal arbitral* fuere competente para conocer sobre el fondo”⁹³⁵. Esta nueva redacción no aporta gran cosa, en realidad no introduce una definición general de lo que son medidas provisionales a tales efectos, si bien -como ya se ha referido- el TJUE a los propósitos del art. 31 ya definió las medidas provisionales en *Reichert*⁹³⁶ como aquellas medidas tendentes a preservar una situación de hecho o de derecho con el fin de garantizar los derechos cuyo reconocimiento se solicita, además, al juez que conoce del fondo del asunto⁹³⁷. En este sentido se ha propuesto que podría recogerse esta definición facilitada por el Tribunal de Luxemburgo añadiendo una pequeña modificación para incorporar los posible procedimientos arbitrales (“órgano judicial o tribunal arbitral”)⁹³⁸ e incluso ir más allá e incluir una referencia a medidas provisionales posteriores a la adopción de la sentencia -por el tribunal competente sobre el fondo- (“is or has *been otherwise sought*”)⁹³⁹. De esta forma se podría dar una definición general de medidas provisionales tal y como reclama el Considerando 22 y el art. 2 b) de la Propuesta de la Comisión⁹⁴⁰. Teniendo en

⁹³⁵ Entre paréntesis las palabras eliminadas de la versión actual del art. 31 RBI y en cursiva la única aportación que la Comisión realiza al respecto. Para ver cómo afecta esta propuesta respecto de la actual situación derivada de la doctrina del TJUE -en particular en la STJCE asunto *St. Paul Dairy* (*loc. cit.*) véase C. Heinze “Choice of Court...”, *loc. cit.*, apartado IV.1 a), pp. 604-606.

⁹³⁶ STJCE *Reichert y Kockler*, *loc. cit.* apartado 34.

⁹³⁷ Confirmada por la STJUE *St. Paul Dairy* (*loc. cit.*), apartado 13.

⁹³⁸ La referencia explícita al arbitraje dependerá de la aproximación general del nuevo Reglamento Bruselas I hacia el arbitraje. *Vid.* C. Heinze “Choice of Court...”, *loc. cit.*, p. 603. Esta especificación sobre el arbitraje finalmente ha sido recogida en redacción presentada por la Comisión en su Propuesta en el art. 36.

⁹³⁹ *Ibidem.* En relación con la posibilidad de adoptar estas medidas provisionales tras la resolución sobre el fondo (“post-judgment provisional measures”) puede verse en la práctica jurisprudencial inglesa en el asunto *Masri v. Consolidated Contractors International (UK) Ltd* (No 2), [2008] EWCA (Civ) 303, apartados, 104, 106, 123 (*obiter dictum*).

⁹⁴⁰ *Vid.* A. Dickinson, “Provisional Measures in the “Brussels I” Review: Disturbing the Status Quo?: *IPRax* 2010, pp. 203–214, en esp. pp. 208-213. Es más, incluso también propone que también se aclare que el tribunal puede adoptar medidas provisionales sujetas a condiciones que garanticen su

consideración que se introduce en el Considerando esta aproximación en cuanto a la definición de medidas provisionales -recogida en asunto *Reichert* específicamente para el art. 31 RBI -, podría plantearse que uno de los efectos de esa incorporación expresa podría ser su extensión no sólo a las medidas provisionales adoptadas con base en el art. 31 (art. 36 de la Propuesta de la Comisión) si no también para las medidas provisionales adoptadas por el tribunal con competencia sobre el fondo (art. 35 de la Propuesta). Esta generalización proporcionaría un denominador común válido para las nuevas provisiones del Reglamento referidas a la coordinación (art. 31 de la Propuesta) y ejecución de las medidas provisionales (arts. 2 a) y 42.2 de la Propuesta), que se aplican también (o exclusivamente) a las medidas provisionales adoptadas por el tribunal con competencia sobre el fondo del asunto. A tales efectos la definición establecida en el asunto *Reichert* puede resultar un conveniente punto de partida, no obstante, requiere de clarificación para ciertas medidas⁹⁴¹.

B) Tribunal competente sobre el fondo

4. En el actual sistema del RBI la competencia para la adopción de las medidas provisionales o cautelares en materia civil y mercantil se traduce en dos posibilidades: 1º) basar la competencia en el propio sistema de fueros previstos del Reglamento o 2º) puede basarse en el fuero cautelar específico del art. 31º, en este caso en conexión con las diferentes reglas nacionales sobre competencia en materia de medidas provisionales⁹⁴². En la primera de las opciones, el perjudicado puede solicitar las medidas directamente ante el tribunal que conoce del fondo del asunto (con base en los fueros del 2 al 24 RBI)⁹⁴³, lo que en estos litigios podría ser aquél que sea considerado como lugar del daño a la luz del art. 5.3º. La posibilidad de solicitar medidas cautelares o provisionales de cesación o de prohibición de actividad con base en fuero especial del 5.3 RBI, al mismo tiempo que se solicita la resolución sobre el fondo del asunto, no plantea en principio problemas por su propio tenor literal -a diferencia de lo que ocurría

carácter provisional (asunto *Van Uden*, ya referido, en su apartado 38). Ahora bien, dado que su potestad es inherente bajo la ley procesal nacional y es menos una cuestión de competencia judicial internacional, esto probablemente no necesita ser aclarado explícitamente, pero podría serlo.

⁹⁴¹ Cf. C. Heinze "Choice of Court...", *loc. cit.*, pp. 603-604.

⁹⁴² *Ibid.*, pp. 602.

⁹⁴³ *Vid. Van Uden (loc. cit.)*, ap. 19.

con el anterior sistema CB/CL⁹⁴⁴-. El texto de este precepto permite la adopción de tales medidas no solo una vez que el daño ya se ha producido –para mitigar los efectos lesivos- sino cuando éste aun no ha llegado a materializarse, esto es, con carácter preventivo, cuando exista riesgo de producirse⁹⁴⁵. En estos casos la cuestión es concretar qué tipo de riesgos son lo que el 5.3 prevé y tutela. Ha de entenderse que tienen cabida únicamente aquellos que son específicos, no generales, es decir, aquellos que objetivamente en función de las circunstancias particulares del caso existe certeza de que se produzcan; sin que sea admisible para reducir una simple posible eventualidad⁹⁴⁶.

⁹⁴⁴ En el marco del anterior sistema CB-CL esto planteaba serios problemas para la doctrina por el propio tenor literal del art. 5.3º -se hubiere producido el hecho dañoso-. Este precepto sólo otorgaba competencia a los tribunales del lugar donde se hubiera verificado el daño (ya sea del acto causal o donde se materializó el daño/s), esto es, únicamente podía utilizarse este fuero una vez producido el daño, no con carácter preventivo o previo. Pero esto no impidió la opinión generalizada de la doctrina en sentido favorable para la resolución de la cuestión. En este sentido puede verse la opinión favorable del Informe Schlosser de incluir estas acciones en el art. 5.3º CB (*vide*. “Informe de P. Schlosser sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia”, *DOCE* C 189, 28 julio de 1990, p. 220). Entre la doctrina española *vide* A. Borrás Rodríguez, “La revisión...”, *loc. cit.*, p. 23, donde señala que debería aclararse que el art. 5.3 incluye medidas preventivas, lo que finalmente se recoge de manera expresa en la versión del art. 5.3º del RBI/CL. Además, esto se complicaba con problemas de calificación previos cuando estas medidas se pretendían ejercitar de forma separada al ejercicio de la acción por la que se reclamaba por la víctima la reparación de los daños y perjuicios (acción indemnizatoria). En caso de ejercicio autónomo de acciones surgían problemas de calificación de las acciones de prohibición o cesación (de su fundamento delictual) que resultaban previas a cualquier aplicación del *forum delicti commissi*. A falta de calificación autónoma por parte de TJCE podían diferenciarse dos tipos de acciones en este sentido. En primer lugar, las que se ejercitaban al mismo tiempo que la acción de reparación de daños y como consecuencia de éstas. Dado que se derivan directamente de la responsabilidad civil y son consecuencia de la reclamación del acto antijurídico se pueden incluir fácilmente dentro de la materia delictual (*Vid.* C. de Miguel Perales, *La responsabilidad civil*, *op. cit.*, p. 94; J. Santos Briz, *La responsabilidad civil*., *op. cit.*, p. 854). En segundo lugar, aquellas cuya calificación era difícil porque su solicitud de prohibición o cese de la actividad pretendían precisamente evitar la producción del daño antes de que pudiera éste manifestarse. Sobre el debate doctrinal de la calificación delictual de estas acciones de carácter preventivo y sus diferencias con las acciones conjuntas a la acción de reparación puede verse A. Crespo Hernández, *La responsabilidad civil*..., *ob. cit.*, pp. 203-205.

⁹⁴⁵ *Vid.* P. Mankowski, “Sección 2, Special Jurisdictions...”, *loc. cit.*, pp. 271-273.

⁹⁴⁶ *Vid.* H. Gaudemet-Tallon, Nota a la Sentencia de la *Cour d’appel d’Orléans*, 6 de mayo

Esos daños futuros que se pretenden evitar o mitigar pueden originarse y verificarse en distintos lugares, por lo que el principio de ubicuidad también se aplicaría para estos supuestos⁹⁴⁷. De conformidad con ello tendrían competencia sobre la base del 5.3 tanto los tribunales del lugar donde la futura actividad tendría lugar (futuro Estado de origen) como los tribunales del lugar donde finalmente se materializaría el futuro/s daño/s (futuros *loci damni*), siguiendo la doctrina del TJUE: *Shevill* y posteriormente *eDate Advertising* (cuestión distinta es cuál es el alcance espacial de esa medida en función del foro, en particular si es de cesación). En este sentido pueden plantearse problemas en cuanto a la localización del daño si se trata de daños futuros o difusos⁹⁴⁸.

Dentro del ámbito de los daños futuros caben dos escenarios posibles: el primero, cuando el evento dañoso ya ha tenido lugar (el acto de origen) y, en segundo lugar, cuando aquél aun no se ha producido. En el primero de los escenarios es posible deducir dónde se localizarán los lugar/es donde finalmente se materialicen los daños. Se parte de una presunción -que es posible desvirtuar- y es que la materialización de los daños sigue al lugar de origen, esto es, el daño futuro tendrá lugar donde el daño en el pasado ocurrió⁹⁴⁹. Para que esa presunción funcione es necesario que exista similitudes entre el daño pasado y los futuros daños -aunque no es necesario que se dé una total correspondencia entre ellos⁹⁵⁰-. Más problemático se presenta el segundo de los posibles escenarios, dado que el pasado no puede facilitar ninguna información o elementos que sirvan para predecir el lugar donde los futuros daños puedan materializarse. En estos casos es posible distinguir dos supuestos. En el primero de ellos es posible concretar con carácter previo ese lugar por la propia actitud del presunto agente del daño, por ejemplo cuando éste anuncia su objetivo indicando el lugar o la potencial víctima. En este sentido el presunto agente del daño lo localiza en un determinado territorio, y con

de 2003, *loc. cit.*, p. 150; la misma resolución comentada por A. Huet en *JDI*, nº 1, 2004, pp. 193-212.

⁹⁴⁷ Vid. M. L. Niboyet, "La révision de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le Règlement du 22 décembre 2000", *Gaz. Pal. I*, Doctrine, 2001, pp. 943 y ss., en esp. p. 946; A. Huet, *loc. cit.*, p. 195.

⁹⁴⁸ Por ello se ha llegado a plantear que la particular naturaleza de un daño aún no producido o de un daño difuso requiere ciertas adaptaciones de la solución general del art. 5.3 RBI. Cf. P. Jiménez Blanco, "Acciones de cesación...", *loc. cit.*, párrafos 9-11.

⁹⁴⁹ Cf. P. Mankowski, "Sección 2, Special Jurisdictions...", *loc. cit.*, p. 272.

⁹⁵⁰ Ahora bien, es necesario para que se estimara esa similitud tener en consideración los elementos esenciales de cada uno.

base en estas afirmaciones y confiando en ellas la posible víctima puede localizar la jurisdicción donde solicitar sus medidas preventivas de cesación o prohibición. Ahora bien, es posible que no exista acto o anuncio por parte del potencial agente del daño que directamente indique dónde puede materializarse el futuro daño, en ese caso será necesario tener en consideración y analizar los hechos particulares del caso concreto. Desde esta perspectiva, el tipo de daño de que se trate es uno de los elementos esenciales que hay que tomar en consideración. Así es, el tipo o clase del futuro daño puede tener importantes influencias sobre el posible objetivo del ataque, y ese objetivo es esencial para definir el ataque futuro. Por ejemplo, cuando se trata de actos de denigración por atentados contra la reputación entre competidores (competencia desleal) el elemento esencial para concretar ese lugar sería el mercado al que va dirigido el ataque⁹⁵¹.

5. En cualquier caso, aunque desde la perspectiva de la competencia judicial internacional no existen problemas para la adopción de estas medidas sobre la base de un fuero de competencia sobre el fondo dentro del sistema RBI⁹⁵², éstos pueden darse posteriormente en sede de reconocimiento de la resolución. El alcance de estas medidas en estos supuestos ya no está limitado exclusivamente a la jurisdicción donde se adoptaron sino que podrá solicitarse el reconocimiento y ejecución de la medida en el territorio de cualquiera de los Estados miembros⁹⁵³. Los problemas prácticos que pueden plantearse para su eficacia extraterritorial ante actividades transfronterizas varían según

⁹⁵¹ Véanse otros ejemplos que se recogen por P. Mankowski en función del tipo de daño a este respecto ("Sección 2, Special Jurisdictions...", *loc. cit.*, p. 273).

⁹⁵² El tribunal que tiene competencia para conocer del fondo del asunto (según RBI/CL) no tiene porqué acudir al fuero del art. 31 RBI/CL para fundamentar su competencia a la hora de adoptar las medidas cautelares o provisionales, sin que pueda exigirse ningún otro requisito adicional (*Cf.* Sentencias *Mietz*, §§ 40-41, y *Van Uden*, § 19, ambas ya referidas)

⁹⁵³ En este sentido véase, la propuesta de Reglamento en relación a las medidas provisionales y las medidas cautelares. En términos generales la propuesta establece la libre circulación de las medidas concedidas por un tribunal competente sobre el fondo del asunto, y especialmente —en determinadas condiciones— las medidas concedidas *ex parte*. En cambio, la propuesta prohíbe la circulación de las medidas provisionales ordenadas por un tribunal que no sea el que es competente sobre el fondo. (*Cf.* Apartado 3.1.5 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *loc. cit.*). *Vid.*, C. Heinze "Choice of Court...", *loc. cit.*

se esté fuera o dentro del sistema RBI/CL (Capítulo III). En primer lugar, el carácter provisional de estas resoluciones suele preverse por los sistemas autónomos como una causa de denegación del reconocimiento⁹⁵⁴ no así en el sistema RBI/CL. En segundo lugar, y con particular incidencia en los litigios sobre derechos de la personalidad, puede resultar denegado el reconocimiento de la medida cuando según el Derecho del tribunal requerido la actividad a la que afecta la medida no se considere lesiva e incluso se encuentre especialmente tutelada en el foro -por ejemplo por la libertad de expresión⁹⁵⁵- y, por lo tanto, no se admita la medida acudiendo al recurso del orden público -previsto dentro y fuera del régimen RBI/CL⁹⁵⁶-. Incluso cuando la *lex fori* reconozca como lesiva esa actividad, si la medida fue adoptada en ausencia del sujeto contra el que se insta -*in auditia parte*- también cabría la denegación del reconocimiento por no respetar las garantías procesales (art. 34.2º RBI/CL⁹⁵⁷, y correlativamente en el sistema de fuente interna español en el art. 954.2 LEC 1881).

6. Ahora bien, la situación podría cambiar en parte en función de la revisión del RBI en este contexto. En la Propuesta de la Comisión para la reforma del RBI específicamente se recoge este mismo principio (establecido en *Van Uden*) en el art. 35, esto es, la posibilidad de adopción de este tipo de medidas provisionales por el tribunal con competencia sobre el fondo del asunto (*“Cuando los tribunales de un Estado miembro fueren competentes en cuanto al fondo del asunto, serán competentes para otorgar las medidas provisionales y cautelares previstas por la ley de dicho Estado.”*). No obstante, el tenor literal de este artículo 35 propuesto puede plantear problemas interpretativos, ya que no deja claro si es necesario que la competencia del tribunal haya

⁹⁵⁴ En este sentido puede aludirse la tradicional negativa a ejecutar en España decisiones extranjeras sobre medidas provisionales cuando el régimen aplicable es el común previsto en los artículos 954 y ss. LEC 1881, fundamentalmente por el carácter provisional de aquellas. No ocurre lo mismo cuando resulte de aplicación el sistema RBI/CL, pues de conformidad con el procedimiento y condiciones previstos en los arts. 33 y ss., el carácter provisional de la resolución no excluye su posible ejecución en España.

⁹⁵⁵ Como ocurre por ejemplo en el Derecho estadounidense donde la libertad de expresión e información está especialmente tutelada por la Primera Enmienda de la Constitución, lo que limita de manera importante cualquier acción contra estas.

⁹⁵⁶ Vid. Art. 34.1 RBI/CL, Art. 954.3 LEC 1881.

⁹⁵⁷ Vid., H. Muir Watt, nota a la sentencia *Cour de cassation* (1re Ch. Civ.), 27 de abril 2004, *Rev. crit. dr. int. pr.*, Vol. 93, Nº 4, 2004, pp. 815-824.

sido ya establecida o no en el momento de la solicitud de las medidas provisionales. No es posible determinar según el texto si es suficiente su potencial competencia o si necesariamente ésta debe ser ya efectiva. Además, tampoco resuelve las eventuales cuestiones que podrían plantearse en relación con los posibles supuestos de litispendencia⁹⁵⁸. Por todo ello sería necesaria una mayor claridad en la redacción de este artículo -sino se quiere esperar a que sea el TJUE el que vaya perfilando cada una de estas cuestiones-. No obstante, partiendo de las vigentes normas y de la necesaria coordinación del Reglamento con otros instrumentos comunitarios⁹⁵⁹ parece que lo adecuado sería una interpretación que permitiera esa competencia para conocer de la medida cautelar por aquél tribunal que pudiera ser competente sobre el fondo del asunto en virtud de los fueros del Cap. II del RBI -aunque esa competencia todavía no se hubiera establecido-. Ahora bien, esta interpretación podría plantear supuestos problemáticos, como serían por ejemplo aquellos en los que un tribunal que potencialmente fuera competente para conocer del fondo con esa base adoptara una medida cautelar, pero que finalmente éste no fuera el tribunal que de hecho conociera del litigio principal. En este supuesto, podría solicitarse el reconocimiento de esa medida cautelar adoptada⁹⁶⁰ en la jurisdicción de otro Estado miembro cuando se tratara de actividades transfronterizas, lo que podría generar conflictos entre las posibles medidas provisionales. En este sentido, los eventuales problemas podrían solucionarse otorgando un tratamiento similar al que se establece para las medidas cautelares adoptadas en atención al art. 31 RBI (esto es, la restricción estrictamente territorial de su alcance a la jurisdicción del tribunal cautelar aunque su fundamento competencial fuera sobre el fondo -art. 35 de la Propuesta-)⁹⁶¹.

C) Otros tribunales competentes: lugar de ejecución de la medida

7. El art. 31 RBI/CL, como excepción al sistema de competencia del RBI/CL,

⁹⁵⁸ Sobre estas y otras posibles cuestiones que esta nueva redacción puede general en la práctica, véase C. Heinze “Choice of Court...”, *loc. cit.*, pp. 607- 608

⁹⁵⁹ Como es el art. 7.1 de la Directiva 2004/48/EC en materia de DPI.

⁹⁶⁰ Art. 2(a), y Considerando Recital 25 Cde la Propuesta de la Comisión.

⁹⁶¹ Cf. C. Heinze “Choice of Court...”, *loc. cit.*, p. 608. Si bien, también hay propuestas en sentido contrario que abogan por el reconocimiento y ejecución de esas medidas provisionales aunque el tribunal que conozca del fondo sea finalmente otro (*vid. Ibid.* la doctrina referida en nota a pie nº 117).

autoriza a un órgano jurisdiccional de un Estado contratante a resolver sobre la solicitud de medidas provisionales o cautelares -de conformidad con su ley- aunque no sea competente para conocer del fondo del litigio. El carácter excepcional de este fuero -dado que puede ser peligroso para la aplicación uniforme del Reglamento al introducir un elemento externo: nacional- exige que su interpretación sea restrictiva⁹⁶². Esto ha justificado que por el TJUE haya exigido para poder recurrir al fuero cautelar una serie de requisitos adicionales, entre ellos el derivado de la definición autónoma (ya referida) que de estas medidas a los efectos del art. 31 se ha dado por el Tribunal, además de la existencia de una conexión real entre el objeto específico de la medida que se solicita y la jurisdicción territorial del Estado miembro del tribunal ante el que se solicita su adopción⁹⁶³.

Pero al margen de los requisitos anteriores hay otras condiciones previas para aplicar el fuero cautelar del art. 31 como es la existencia de una causa principal. La referencia expresa al juez que conoce del fondo del asunto conlleva que la concesión de aquellas típicamente obedezca a la existencia de una causa principal, esto es, son medidas accesorias no autónomas⁹⁶⁴. Esto permite diferenciarlas de otras acciones independientes que pueden buscar los mismos propósitos, como por ejemplo la ya referida acción de cesación o prohibición de la actividad ilícita –ejercitable al margen o conjuntamente con la acción indemnizatoria o resarcitoria-. Su calificación en una u otra tiene gran relevancia práctica, porque el tratamiento procesal es distinto en el Derecho procesal interno⁹⁶⁵ y en el RBI/CL, lo que condiciona el fuero de competencia aplicable.

⁹⁶² Cf. STJCE, Sala 1ª, asunto C-104/03, de 28 de abril de 2005, *St. Paul Dairy Industries NV c. Unibel Exser BVBA* (en adelante, asunto *St. Paul*), § 11; si bien, en interpretación del art. 24 CB, actual art. 31 RBI, que resulta plenamente aplicable.

⁹⁶³ STJCE de 17 de noviembre de 1998, as. C-391/95, *Van Uden* (Rec., pp. 7122-7140), apartado 19.

⁹⁶⁴ Si bien, con independencia del tratamiento procesal que estas medidas reciban en el Derecho procesal interno. Esto es, con independencia de si en el Derecho interno estas medidas necesiten o no que se inicie un procedimiento sobre el fondo del asunto ante el tribunal competente. (*Vid.* sentencia *Mietz*, *loc. cit.*, §§ 34 a 43)

⁹⁶⁵ Por ejemplo véase en el Derecho francés el tratamiento diferenciado entre medidas provisionales en términos generales (*mesure provisoire et conservatoire*) y las denominadas medidas de instrucción (“*mesures d’instruction*, generales e *in futurum*”). *Vid.* nota de E. Pataut a la STJCE asunto *St. Paul*, *loc. cit.*, pp. 747-749.

También la referencia expresa al Derecho interno del Estado miembro en el que se solicita la medida en el tenor literal del art. 31 plantea problemas interpretativos respecto de la incidencia de ese ordenamiento jurídico nacional -que pueden poner en peligro la interpretación uniforme del instrumento comunitario-. En este sentido se cuestiona si debe considerarse como una mera norma de remisión (al ordenamiento interno de aquel tribunal⁹⁶⁶) o es en sí misma una norma de competencia directa con independencia de las disposiciones normativas internas⁹⁶⁷. Se trata de un problema básico de interpretación cuya solución debe buscarse en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. El Tribunal no ha resuelto tajantemente esta cuestión, pues se ha limitado a exigir que la concesión de medidas provisionales o cautelares en virtud de este artículo esté supeditada especialmente a la existencia de un vínculo de conexión real entre el objeto de las medidas y la competencia territorial del Estado miembro del tribunal del foro⁹⁶⁸. Por lo tanto, la competencia espacial para la tutela cautelar exige que la medida sea ejecutable en el territorio del Estado que la adopta (dentro de su jurisdicción) y, aunque la competencia judicial internacional con base en el art. 31 no está sujeta

⁹⁶⁶ Entendida como una norma indirecta que habilita la competencia de los Tribunales del Estado miembro según sus reglas de Derecho autónomo. Si se sigue esta postura, en el sistema español el art. 31 RBI/CL debería de completarse con lo dispuesto en el art. 22.5º LOPJ.

⁹⁶⁷ Es decir, que el art. 31 opera como norma de competencia judicial internacional específica para la tutela cautelar con independencia de las disposiciones de fuente interna, aunque con ciertos límites derivados de los requisitos de aplicación de las normas RBI/CL. Respecto del debate sobre la consideración del art. 31 como norma de remisión (indirecta) o norma atributiva de competencia, y sus consecuencias, *vid.* F. J. Garcimartín Alférez, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, 1996, pp. 86-105; V. Fuentes Camacho, *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo (Estudio del art. 24 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, con especial referencia a la posición española)*, Madrid, 1996; F. Gascón Inchausti, *Medidas cautelares de proceso civil extranjero*, Granada, 1998, pp. 193-208; M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil...*, *ob. cit.*, pp. 344-346; J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, *ob. cit.*, pp. 81-82.

⁹⁶⁸ *Vid.* STJCE *Van Uden* (*loc. cit.*). Sobre la incidencia de esta resolución y del debate sobre el carácter de norma directa o indirecta del art. 24 CB (actual art. 31 RBI), *vid.* F. Gascón Inchausti y M. Gómez Jene, "Arbitraje, medidas cautelares y Convenio de Bruselas (a propósito de Sentencia del TJCE de 17 de noviembre de 1998 en el asunto *Van Uden c. Deco Line*)", *Tribunales de Justicia*, 1999.4, pp. 303-318.

directamente a las limitaciones y prohibiciones relativas a los fueros exorbitantes (art. 3 RBI)⁹⁶⁹, sí se exige que exista un nexo real y sustancial con esa jurisdicción⁹⁷⁰. Todo ello se traduce en que en la práctica se elimina la posibilidad del ejercicio de fueros exorbitantes, como por ejemplo el *forum actoris* como única conexión con el foro⁹⁷¹. Para concluir con la posible incidencia del Derecho interno del Estado de solicitud, puede plantearse si las medidas que se soliciten deben coincidir o no con las medidas provisionales o cautelares tipificadas en el Derecho del foro. Puede deducirse que tal coincidencia no es necesaria dado que la calificación de la medida debe hacerse según los fines establecidos para la aplicación del art. 31⁹⁷², pues como ya se dijo se trata de una definición autónoma y propia a los efectos exclusivos de este artículo⁹⁷³.

8. En definitiva, a la luz de estos desarrollos -jurisprudenciales- el tenor literal del art. 31 provee esencialmente una visión incompleta respecto de la cuestión del Derecho aplicable o que podría justificar su enmienda⁹⁷⁴. La Propuesta de la Comisión para la revisión del RBI plantea específicamente ciertas enmiendas al actual art. 31 para mitigar los problemas de aplicación que actualmente su tenor literal provoca. Son varias las cuestiones que al respecto refieren estas enmiendas. Respecto de los demás

⁹⁶⁹ Ya que el TJUE distingue entre la competencia establecida bajo el art. 31 y la competencia para conocer del fondo del asunto. *Vid.* STJCE *Van Uden y Mietz*, ya referidas.

⁹⁷⁰ *Cf.* A. Marmisse y M. Wilderspin, “Le régime jurisprudentiel des mesures provisoires à la lumière des Arrêts *Van Uden et Mietz*”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, pp. 669- 683, en esp. p. 676.

⁹⁷¹ Este sería un elemento más para ratificar la tesis de la competencia directa del art. 31 RBI/CL. En este sentido, *vid.* E. Artuch Iriberrí “La solicitud de medidas cautelares ante el juez nacional de acuerdo al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968: precisión de su significado y de las relaciones con un procedimiento arbitral en curso”, *La Ley. Unión Europea*, 31 de diciembre de 1998, pp. 1-5.

⁹⁷² Este es el sentido que E. Pataut señala cuando determina que a la hora de determinar la aplicación del fuero cautelar (ex ante art. 24 CB, actual art. 31 RBI) la calificación de las medidas no se realiza en función del Derecho interno, sino si pueden o no encajarse dentro de las medidas cautelares o provisionales en el sentido del CB (RBI). *Cf.* Nota E. Pataut, Asunto C-104/03, *Rev. crit. dr. int. pr., loc. cit.*, p. 749.

⁹⁷³ *Vid.* STJCE, de 26 de marzo de 1992, asunto *Reichert II* (*loc. cit.*), con nota de B. Ancel, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, pp. 720- 726, y entre la doctrina A. Marmisse y M. Wilderspin, “Le régime jurisprudentiel...”, *loc. cit.*, pp. 669- 683.

⁹⁷⁴ Entre otros, A. Dickinson, “Provisional Measures...”, *loc. cit.* p. 208 (una versión más extensa de este artículo está publicada en *J. Priv. Int. L.* núm. 6, 2010, pp. 519–564).

requerimientos específicos que para la aplicación actual del art. 31 exige la doctrina del Tribunal de Justicia, también pueden realizarse ciertas apreciaciones desde la perspectiva de la Propuesta de la Comisión (art. 36). En lo que se refiere a la exigencia de la existencia de un vínculo real entre la jurisdicción del Estado miembro ante el que se solicita la medida y el objeto específico de la medida provisional, la Comisión no propone que se codifique tal requisito. Quizá la razón que subyace ante tal ausencia es la dificultad que existe a la hora de definir lo que es un vínculo real - no existe en este sentido unanimidad entre la doctrina, para algunos un marcador suficiente de esa conexión real es la posibilidad de ejecución en su jurisdicción de la medida adoptada⁹⁷⁵ cualquier otra relación sería menos certera y requeriría de una mayor precisión⁹⁷⁶. Ahora bien, la posibilidad de la ejecución de la medida en la jurisdicción del tribunal del foro tampoco es una referencia exacta de la existencia del exigido vínculo real, ya que puede plantear ciertas cuestiones -en particular cuando se trata de medidas de carácter personalísimo-. En este sentido, la cuestión decisiva puede llegar a ser si la conexión real se refiere al lugar donde la medida es ejecutada o el lugar donde ésta produce sus efectos, o incluso ambos⁹⁷⁷. Dados los problemas que en la práctica el requisito que del vínculo o conexión real con el foro cautelar provoca, se han planteado posibles soluciones alternativas⁹⁷⁸ que si bien han de descartarse en virtud de la ya asentada

⁹⁷⁵ Entre otros, véase H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4ª edic. 2010, apartado 311.

⁹⁷⁶ En este sentido, podría referirse el Informe Pocar para el CL de 2007 donde se manifiesta contra de la incorporación dentro del texto del Convenio del requisito “*real connecting link*” dado que requiere de una mayor clarificación (D.O. 2007 C 319/1 párrafo 127).

⁹⁷⁷ Sobre la posible casuística en la concreción del requisito del vínculo real con el foro por el lugar de ejecución véase C. Heinze “Choice of Court...”, *loc. cit.*, p. 609. Para la distinción entre “ejecución” y “efectos” véase art. 18 a (2) de la Propuesta de la Comisión de 1997 (*Proposal for a Council act establishing the Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters in the Member States of the European Union* de 22. 12. 1997, COM(1997) 609 final).

⁹⁷⁸ Abandonando esta exigencia a favor de una nueva consideración bajo la cual el tribunal tendría “in deciding whether to grant, renew, modify or discharge a provisional measure in support of proceedings in another Member State”, “take into account all of the circumstances, including (i) whether there is a real connecting link between the measure sought and the territory of the Member State in which it is sought, and (ii) the likely impact of the measure on proceedings pending or to be issued in another Member State”. Cf. A. Dickinson, “Provisional Measures...”, *loc. cit.*, p. 210 (de manera más extensa en la p. 213).

jurisprudencia del TJUE y de la necesaria seguridad que un sistema uniforme y coherente de reglas de competencia judicial internacional dentro de la UE exige⁹⁷⁹. Ahora bien, la aproximación por la que la Propuesta de la Comisión parece que ha optado es la solución del lugar de ejecución de la medida provisional⁹⁸⁰ -tal y como se deriva de la imposibilidad de reconocimiento de las medidas provisionales adoptadas por el foro cautelar del art. 36⁹⁸¹-. Esta solución se construye sobre el entendimiento de que la conexión real viene referida al lugar de la futura ejecución, pero la Propuesta evita dar una definición optando simplemente por negar su reconocimiento con base en el Capítulo III -de tal manera que el criterio de la conexión real se traslada al ámbito del reconocimiento, lo que lo hace menos relevante para definir este requerimiento desde la perspectiva de la competencia judicial internacional-⁹⁸².

2.- Medidas específicas de protección de los derechos de la personalidad

9. Toda vez que el art. 31 se refiere en general a las medidas provisionales o cautelares posibles según la ley nacional (del foro), esto podría interpretarse en un primer momento como que cualquier tipo de medida provisional que sea admitida según el sistema jurídico nacional entraría dentro del ámbito del art. 31. No obstante, el TJUE ha precisado que existen límites para acogerse a la competencia cautelar del sistema Bruselas⁹⁸³. De tal manera que hay ciertas medidas provisionales, incluyendo las de

⁹⁷⁹ Dictamen del TJCE de 7 de febrero de 2006 – Opinion 1/03 (Convenio de Lugano), E. C. R. 2006, I-1145, apartado 151.

⁹⁸⁰ En los mismos términos el Informe Pocar para el CL 2007 (*loc. cit.*), párrafo 127.

⁹⁸¹ Art. 2 a) de la Propuesta restringe la ejecución de las medidas transfronterizas únicamente a aquellas medidas provisionales adoptadas por el foro competente para conocer del fondo del asunto. En este sentido, la clara intencionalidad de la restricción territorial de las medidas provisionales adoptadas por el tribunal cautelar se puede ver en el Considerando 25, incisos 2ª y 3ª. No obstante, quizá sería recomendable que se clarificara

⁹⁸² Puede verse en este sentido el texto alternativo que se propone por C. Heinze para el art. 36 de la Propuesta ("Choice of Court...", *loc. cit.*, en nota a pie nº 145).

⁹⁸³ En este sentido resulta esencial la sentencia *Reichert II* (*loc. cit.*), pues en ella se establecen los límites del ejercicio de la jurisdicción cautelar del art. 31. Fundamentalmente, estos límites pueden concretarse en dos: a) el carácter provisional de la medida –lo que correlativamente, conduce a que deba existir un procedimiento principal de fondo ya pendiente y/o presupone la urgencia y la necesidad de las medidas requeridas-, si bien, en la práctica esas medidas necesarias podrían ir más allá de la temporalidad si modifican definitivamente una situación preexistente; b) la finalidad que se persigue con la medida –en

protección, que siendo admisibles según el Derecho nacional pueden exceder de marco establecido por el RBI para la jurisdicción cautelar. En consecuencia, las distintas medidas que en específico puede solicitar la víctima para proteger sus derechos de la personalidad en los distintos sistemas jurídicos nacionales han de analizarse partiendo de la definición utilizada en el marco del RBI/CL para la tutela cautelar. Y en este sentido, ha de tenerse en consideración que en términos generales las medidas concretas que pueden solicitarse a tal fin puede hacerse con carácter cautelar (o provisional) o como medidas finales –de fondo o definitivas–, esta calificación va a condicionar tanto la ley rectora de la medida, como el posible fuero de competencia del tribunal para adoptarlas. Si se trata de una medida definitiva (generalmente coetánea al ejercicio del derecho de reparación), será la ley aplicable al fondo la que concrete cuándo y cómo deben solicitarse, y cuales⁹⁸⁴. Si por el contrario es de carácter cautelar o provisional (aunque su adopción dependerá del Derecho del fondo: pues si según éste no existe ilícito, correlativamente no existirá justificación para adoptar la medida), deberá ser conforme con la ley procesal del Estado donde se solicita la tutela cautelar⁹⁸⁵. Y desde el punto de vista de la competencia judicial internacional –en el sistema RBI/CL– esta condición también es esencial. Pues si es de fondo la medida tendrá que solicitarse ante aquellos tribunales que tengan reconocida competencia en función de los fueros generales o a la luz del fuero especial del 5.3º; pero si es cautelar, además de la posible adopción sobre la base del fuero sobre el fondo, se prevé expresamente el fuero cautelar del 31 RBI/CL. En este momento se tomará como referencia dos ordenamientos jurídicos nacionales: el Derecho español y el sistema inglés, para ver si las medidas específicas previstas en ellos para la tutela de los derechos de la personalidad pueden ser

este sentido, la función de salvaguarda es obligatoria para poder conseguir los requisitos necesarios para hacer uso del fuero cautelar-. De estos requisitos –en particular del segundo– se deriva la cuestión de si esto implica el establecimiento de una limitación territorial sobre las medidas solicitadas exclusivamente al Estado del tribunal que las adoptó –esto es, una estricta limitación territorial de la medida a la jurisdicción del foro cautelar–, lo que incide directamente en el alcance de estas medidas, en particular cuando se pretendan adoptar con efectos transfronterizos –en particular respecto de actuaciones desarrolladas en el medio virtual, lo que se verá a continuación-. Para un análisis particular de estos dos requisitos *vid.* M. Pertegás Sender, “Chapter II. Jurisdiction: Section 10...”, *loc. cit.*, pp. 616-618.

⁹⁸⁴ Ya que no existe en la materia armonización comunitaria, a diferencia de lo que ocurre con la tutela cautelar de los DPI.

⁹⁸⁵ La concurrencia de elementos puramente procesales en este tipo de medidas determina la incidencia directa del Derecho procesal del foro en su adopción.

adoptadas como provisionales o cautelares a la luz del sistema RBI/CL.

10. En el sistema español el art. 9.2 LO 1/82 dispone que “La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y reestablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como prevenir o impedir intromisiones ulteriores (...)”; añadiendo que entre “(...) dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia (...)”. La legislación no concreta las medidas⁹⁸⁶ que se pueden tomar para poner fin a las intromisiones que se consideren ilegítimas (presentes o futuras) y/o restablecer a la víctima en el disfrute de sus derechos. Consecuentemente, este extremo se irá perfilado caso por caso por los tribunales nacionales. Aunque al respecto pueden destacarse algunas medidas a modo de ejemplo (algunas previstas y otras no por la legislación) que en la práctica habitual en esta materia se han solicitado:

a) El secuestro de publicaciones o de grabaciones⁹⁸⁷. Esta medida está permitida por la Constitución cuando lo acuerde una resolución judicial (art. 20.5º CE), y la finalidad que se busca es poner fin a una intromisión. Esta medida puede suponer una restricción a la libertad de expresión o de información, por lo que ha de aplicarse de

⁹⁸⁶ Como destaca la doctrina nacional, entre ellos, F. Herrero-Tejedor Algar, *Honor, intimidad...*, ob.cit., p. 297; X. O’Callaghan Muñoz, *Libertad de expresión...*, ob.cit., p. 194; P. Grimar Servera, *La protección civil...*, ob. cit., p. 156. Aunque J. Garberí Llobregat va más allá y realiza una enumeración de medidas de condena que son inadmisibles y aquellas que son admisibles tras el estudio de la jurisprudencia nacional en la materia. Cf. J. Garberí Llobregat, *Los procesos civiles de protección...*, ob. cit., pp. 411-421.

⁹⁸⁷ En principio previsto en el orden jurisdiccional penal pero que se admite su aplicación en la vía jurisdiccional civil por la doctrina. Entre otros, vid. R. Casas Vallés, *Honor, intimidad e imagen. Su tutela en la LO 1/82*, RJC, nº 2, 1989, p. 318; E. Estrada Alonso, *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo*, Madrid, 1988, p. 375; F. Herrero-Tejedor, ob.cit., p. 298; X. O’Callaghan Muñoz, *Libertad de expresión...*, ob.cit., p. 194; E. López Díaz, *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, Madrid, 1996, pp. 32-33; A. Azurmendi Adarraga, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Madrid, 1997, p. 227. No obstante, todas estas publicaciones son anteriores a la LEC 1/2000, por lo que la referencia a la Ley de Enjuiciamiento Civil era a la de 1881, por lo que debe actualizarse la información con la actual (como en el caso de las monografías citadas de X. O’Callaghan Muñoz y F. Herrero-Tejedor).

conformidad con la doctrina constitucional sobre el juicio de la proporcionalidad⁹⁸⁸. Esta medida no está expresamente prevista en el art. 9.2 LO1/82 lo que no ha impedido que se hayan adoptado resoluciones judiciales que para la protección del derecho al honor han acordado como medida cautelar el secuestro y prohibición de difusión y nueva publicación -en soporte papel y cualquier otro medio- de ciertas publicaciones con base en el art. 730 LEC 1/2000⁹⁸⁹. En cualquier caso, al igual que ocurre con la siguiente medida –retirada o destrucción de publicación–, su adopción está condicionada a la existencia –que debe probarse por el solicitante– de un verdadero riesgo para los derechos de la personalidad que justifique la apariencia de un buen derecho. Esto que se exige en todos los supuestos por la LEC para la adopción de medidas cautelares, se grava aun más cuando se está en presencia de otro derecho fundamental como la libertad de información, lo que se traduce en que en la práctica jurisprudencial no sea concedida esta medida generalmente⁹⁹⁰, y cuando sí se reconoce se haga de forma restrictiva.

b) La retirada o destrucción de una publicación (de cualquier tipo como revistas, libros, panfletos o incluso carteles) o de grabaciones o de fotografías, etc. Esta medida es excepcional tal y como muestra la práctica jurisprudencial⁹⁹¹, pero no puede

⁹⁸⁸ Por el TC se ha fijado expresamente tres requisitos o condiciones para verificar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad: que sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad; si es necesaria, esto es, que no exista otra medida más moderada para la consecución de del propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la medida es ponderada o equilibrada porque de ella se derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). *Vid.*, entre otras, STC 14/2003, de 28 de enero, 89/2006, de 27 de marzo (FJ 14).

⁹⁸⁹ *Vid.* Auto del Juzgado de 1ª Instancia de Arrecife, Previas 49/2003, 5 febrero 2003, por el que se adopta medida cautelar, *inauditia* parte, de secuestro del número de una revista escrito con el objeto de impedir su difusión porque contiene información que puede lesionar el honor de la actora (art. 730.2 LEC). La información se obtuvo de la propia página *web* de la revista donde se recogía los temas que iban a tratarse en el próximo número de la revista impresa (cuyo secuestro se solicita y se concede como cautelar).

⁹⁹⁰ *Vid.* Auto AP de Castellón de fecha 14 de diciembre de 2004 por la que se confirma la denegación de medidas cautelares solicitadas en primera instancia consistentes en la suspensión de toda actividad de difusión o reproducción y la retirada de librerías y comercios y el secuestro de los ejemplares de las publicaciones por considerarlas lesivas del derecho al honor del actor.

⁹⁹¹ *Vid.*, Sentencia Juzgado 1ª Instancia nº. 52 de Madrid, 27 de abril de 2005. El Juzgado estimó parcialmente la demanda declarando la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la

descartarse⁹⁹². En cualquier caso, esta medida es necesariamente limitada porque supone restringir la libre expresión o información. Es por esto por lo que la jurisprudencia española ha establecido concretas limitaciones a esta medida (al margen de la debida ponderación de bienes jurídicos en caso de información de interés público o general). Así, se entenderán como medidas inadmisibles por ejemplo, la retirada de la publicación donde consta la intromisión ilegítima de lugares públicos de lectura como puede ser una biblioteca (STS s. 1ª de 26 de diciembre de 1991), o la destrucción de los originales de la publicación ofensiva en particular (SAP Asturias, s. 4ª, de 7 de julio de 2004).

c) El derecho a replicar. Esta medida está expresamente prevista en el art. 9.2º LO1/82, y se traduce en el derecho del perjudicado por la divulgación de una información a manifestar su propia versión u opinión frente a ésta⁹⁹³. Con posterioridad al reconocimiento del “derecho a replicar”, y como un derecho diferente para el perjudicado, el legislador español consagró un procedimiento específico para el ejercicio del derecho de rectificación en la LO de 26 de marzo de 1984⁹⁹⁴. Esta LO prevé unos plazos muy cortos para que aquella persona (física o jurídica) que considere que la información que le afecta y se ha divulgado es inexacta o errónea y cuya divulgación puede causarle perjuicio (art. 1.1)⁹⁹⁵ ejercite su derecho. Por la doctrina se

intimidad y a la propia imagen de los demandantes, ordenó la destrucción del reportaje y al pago de una indemnización para reparar los daños. Frente a la sentencia se interpuso por ambas partes recurso de casación, del que deviene la STS (sala 1a) de 16 de noviembre de 2009, No de Stc 719/2009. El TS deja sin efecto la sentencia de instancia, desestima los motivos del recurso de los actores por motivos formales que el impiden pronunciarse y estima los de la recurrida, únicamente mantiene condena indemnizatoria (no así la condena de destrucción del reportaje y fotos de los actores) aumentando el *quantum* fijado en instancia.

⁹⁹² Entre otros es defendida por F. Herrero-Tejedor Algar, *Honor, intimidad...*, op. cit., pp. 302-302, R. Casas Vallés, *Honor, intimidad...*, ob. cit., p. 316 y C. Crevillén Sánchez, *Derechos de la personalidad...*, ob. cit., p. 66 (vide sentencias referidas y analizadas en este sentido por J. Garberí Llobregat, ob. cit., pp. 411-413).

⁹⁹³ El derecho de réplica viene generalmente referida a opiniones -aunque O’Callaghan también incluye réplica a hechos (cf. X. O’Callaghan Muñoz, *Libertad de expresión...*, ob.cit., p. 200).

⁹⁹⁴ Reguladora del derecho de rectificación.

⁹⁹⁵ Sobre las posibles diferencias entre el derecho a réplica y el derecho a la rectificación - referida a hechos- , vide R. Casas Vallés, *Honor, intimidad...*, ob. cit., pp. 319-321; X. O’Callaghan Muñoz, ob.cit., p. 200; E. López Díaz, ob. cit., pp. 33-34. Para un estudio pormenorizado del proceso civil de amparo del derecho de rectificación, con especial referencia al objeto procesal del proceso de rectificación: la existencia de hechos inexactos y perjudiciales difundidos por un medio de comunicación

entiende que la regulación del derecho de rectificación específicamente por esta LO no impide que los tribunales puedan acordar la publicación de una réplica sobre la base del art. 9.2º LO 1/82⁹⁹⁶.

d) Finalmente, otra de las medidas previstas expresamente en la LO 1/82 es la difusión de la sentencia condenatoria⁹⁹⁷. Esta medida suele ser complementaria a otras, pues en caso de que se estime la intromisión al derecho/s junto a la general condena al pago de una indemnización resarcitoria, cuando los demandados son medios de comunicación se les impone la obligación de publicar la sentencia condenatoria, al menos en el medio que se utilizó para la comisión del ilícito⁹⁹⁸. No obstante, esta medida por su propio contenido no puede ser adoptada de manera cautelar o previa, ya que necesariamente es posterior a la eventual sentencia condenatoria.

11. En este contexto merecen especial referencia las posibles medidas judiciales especiales previstas para la tutela de los derechos de la personalidad que en ciertos Estados europeos se prevén en sus ordenamientos jurídicos (y que inciden directamente en el ejercicio de la libertad de expresión). En particular, en el Derecho inglés pueden referirse las denominadas *super injunctions*⁹⁹⁹, que en la práctica se utilizan para proteger

social, *vid.* J. Garberí Llobregat, *ob. cit.*, pp. 517-559 (en especial pp. 533-555).

⁹⁹⁶ R. Casas Vallés, *Honor, intimidad...*, *ob. cit.*, p. 319; E. López Díaz, *ob. cit.*, p. 34; J. L. Concepción Rodríguez, *Honor, intimidad y propia imagen*, Barcelona, 1996, pp. 271-272.

⁹⁹⁷ Por la doctrina nacional también se ha referido a la acción de jactancia como un acción “de mero carácter declarativo, acerca de la ilicitud de una conducta, conminando al demandado a no volver a cometer agresiones contra el ofendido, so pena de condenarle a perpetuo silencio respecto de la denigración objeto de controversia (...)” (*cf.* F. Herrero-Tejedor. Algar, *Honor, intimidad...*, *ob. cit.*, p. 303. En el mismo sentido, véase, J. L. Concepción Rodríguez, *ob. cit.*, p. 272).

⁹⁹⁸ *Vid.*, Sentencia AP Madrid (secc. 11ª), No 360/2008, confirma sentencia instancia que ante una intromisión ilegítima al derecho a la intimidad y propia imagen resuelve prohibiendo a los demandados la inserción de las imágenes objeto de la litis en cualesquier programas o reportajes audiovisuales, o fotogramas de las mismas en medios escritos, y condenando a los demandados a abonar al actor una indemnización por daños, así como a dar publicidad al fallo de la sentencia a su cargo, en el mismo espacio escrito u otro con relevancia semejante sin comentarios ni apostillas.

⁹⁹⁹ En Inglaterra y Walles, una *superinjunction* (o *super-injunction*) es una modalidad de orden judicial de “silencio” por la cual se le prohíbe a la prensa (o medio de información) informar incluso de la propia existencia de la *injunction* o de cualquier detalle sobre ella. Sobre la adopción de las *injunctions* por los tribunales ingleses en casos relativos al “*right to privacy*”, *vid.* S. Hadwin y D. Bloy, *Law and The media*, Londres, 2007, pp. 154-155.

la intimidad frente al ejercicio de la libertad de expresión por los medios de comunicación, lo que no tiene equivalente alguno en el resto de ordenamientos europeos –ni tampoco en otros sistemas del *common law* como es el caso del Derecho estadounidense-. Este tipo de medidas están muy presentes en el panorama actual inglés (aunque hoy en día se cuestiona su eficacia con las últimas actuaciones judiciales, al tiempo que abre el debate sobre la *Privacy Law* inglesa). La petición de las *super injunction* ante los tribunales ingleses en demandas por difamación por los abogados de los perjudicados se ha incrementado notablemente desde 2008 hasta la actualidad¹⁰⁰⁰. La relevancia de estas medidas es evidente ya que estas órdenes incluso pueden evitar que finalmente se incoe la acción por difamación, pues con ellas se puede poner fin eficazmente al atentado. El crecimiento exponencial de este tipo de medidas u órdenes¹⁰⁰¹ -con independencia del medio utilizado para la publicación o difusión de la información- se ha convertido en una cuestión política en Gran Bretaña y se está planteando su eliminación¹⁰⁰², en particular en lo que respecta a su adopción en el contexto virtual -ante el uso generalizado de la red como medio de publicación e intercambio de información-.

En este sentido, para ver la repercusión de este tipo de medidas en particular resulta interesante un reciente caso donde un tribunal inglés se adoptó una *super injunction* contra una red social (*Twitter*)¹⁰⁰³. Tras las primeras instancias judiciales

¹⁰⁰⁰ Para un análisis sobre la evolución de estas figuras en la jurisprudencia inglesa en asuntos sobre difamación desde su inicio hasta la actualidad, puede verse el artículo de E. P. Robinson, “Banned in (Much of) Britain, and Beyond?”, de fecha 23 de mayo de 2011, disponible en “<http://www.citmedialaw.org/blog/2011/banned-much-britain-and-beyond>”

¹⁰⁰¹ En este sentido se ha llegado a firmar que la tutela de la privacidad mediante la adopción sistemática de estas *injunctions* ha convertido a la *privacy* en el “*new libel*” (cf. S. Hadwin y D. Bloy, *Law and The media*, ob. cit., pp. 155- 159). Utilizando esta comparativa lo que se quiere es hacer hincapié en la excesiva tutela que se está otorgando a este derecho frente a los medios de comunicación, que permite establecer más de un paralelismo con la tutela frente a la difamación que -en el sistema inglés- es prodemandante.

¹⁰⁰² Véase al respecto el artículo sobre la posibilidad de que este tipo de medidas desaparezcan mediante una futura ley (una nueva *British Bill of Rights*), S. Swinford “Celebrities would lose super-injunctions in Bill of Rights plan”, *The Telegraph*, 26 de abril de 2011, disponible en <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/8475553/Celebrities-would-lose-super-injunctions-in-Bill-of-Rights-plan.html>

¹⁰⁰³ En el asunto de referencia el punto de partida fue la puesta en circulación de rumores por la

donde se adoptó una *super injunction* para evitar cualquier información referida al demandante en todos los medios de comunicación (ingleses¹⁰⁰⁴), la cuestión ha llegado hasta el Tribunal Supremo británico, donde los abogados del perjudicado han solicitado una orden para buscar los correos electrónicos y los mensajes de texto de ciertos periodistas¹⁰⁰⁵ que son usuarios de la red social, en una acción sin precedentes, para averiguar si aquellos violaron o no los términos de la *super injunction*. Por su parte, los periodistas afectados solicitaron ante el Tribunal Supremo el levantamiento de la

red sobre la relación personal de un futbolista de la *English Premier League* - Ryan Giggs- con una modelo (y concursante de Gran hermano, versión inglesa, *Imogen Thomas*). Varios usuarios de *Twitter* habían hecho comentarios al respecto, incluyendo burlas y mofas. Los abogados de *Giggs* solicitaron, y obtuvieron, una orden judicial ante los tribunales ingleses requiriendo a *Twitter* que revelara la identidad de varios usuarios de la red (*tweeters*) que le identificaban y afirmaban la existencia de esa relación. La orden del tribunal contra *Twitter* estaba basada en una orden previa adoptada por el tribunal el mes pasado, que impedía al periódico *The Sun* revelar el nombre de *Giggs*. A pesar de la orden original que impedía la publicación de la identidad de *Giggs*, un periodista para *London Times* publicó varios comentarios en *Twitter* haciendo referencia a *Giggs* y bromeando sobre su situación; lo que motivó que el juez que adoptó la orden informara al Fiscal General de esa violación por parte del reportero. Como el nombre de *Gigg* siguió siendo publicado extensamente en *Twitter* -y en diferentes *blogs*-, el afectado decidió solicitar una segunda orden judicial contra *Twitter*. Esta segunda orden tuvo más impacto mediático, incluso tuvo cobertura por el *New York Times*. Vid. artículo de C. Cain Miller, “Free Speech on Twitter Faces Test”, de 22 de mayo de 2011, disponible en: http://www.nytimes.com/2011/05/23/technology/23twitter.html?_r=1). Un análisis de este caso en S. Swinford “Celebrities would lose...”, *loc. cit.*; también ha sido objeto de análisis por el periódico online *Financial Times*, artículo de J. Croft y B. Fenton, “Footballer seeks search order on journalists”, *Financial Times.com*, de 16 de mayo de 2011 (disponible en <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/ce371bba-7ff4-11e0-b018-00144feabdc0.html#axzz1XkkGcCOV>). Incluso fuera de las fronteras de la jurisdicción inglesa esta medida ha tenido incidencia. En este sentido, el periódico escocés *The Sunday Herald* publicó el nombre del jugador contraviniendo la orden inicial, y esta publicación está, en principio, protegida por el hecho de que las órdenes de los tribunales ingleses no se aplican en Escocia, sin embargo (y a pesar de ello) el Fiscal General inglés prometió investigar si era posible el procesamiento.

¹⁰⁰⁴ Dado el alcance estrictamente territorial de la medida.

¹⁰⁰⁵ Pertenecientes al Grupo de Periódicos de noticias de Rupert Murdoch (*News Group Newspapers*, en adelante *NGN*); lo que se tildó de desproporcionado y de caza de brujas (o “expedición de pesca” textualmente, como indicó Richard Spearman QC, en nombre de *NGN. Ibidem*). Una de las argumentaciones que los abogados del futbolista esgrimieron frente al Tribunal para la adopción de la primera orden judicial fue que estaba siendo fuertemente chantajeado con esta información por los medios (una de las razones por las que fue concedida esta orden, según el juez Mr Justice Eady).

injunction, lo que fue rechazado¹⁰⁰⁶. Pero después de esto el Diputado *John Hemming*, dentro del contexto de la Cámara de los Comunes, mencionó el nombre de jugador. Si bien esto supondría una violación de la orden, las manifestaciones del Diputado estarían aparentemente protegidas por el privilegio Parlamentario (inmunidad parlamentaria). Y teniendo en consideración que sus manifestaciones se realizaron en una sesión parlamentaria (poniendo el nombre de *Giggs* en el acta pública), quizás esto permita a los medios de comunicación hacer referencia al demandante fuera del control de la *injunction*. Pero este es sólo un ejemplo de los numerosos que existen en cuanto la adopción de este tipo de medidas en el ámbito de la Sociedad de la información ante los tribunales ingleses¹⁰⁰⁷.

12. Cualquiera de las medidas enumeradas (españolas e inglesas) podrían encajar -salvo las excepciones referidas- en la definición de medidas cautelares y/o provisionales establecida a los efectos del art. 31 RBI/CL, pues lo que persiguen es mantener una situación de hecho o de Derecho para salvaguardar los derechos de la personalidad cuya tutela se pretende¹⁰⁰⁸. En este sentido, con base en este precepto cualquier Estado miembro podrá adoptar estas u otras medidas (compatibles con su Derecho interno) para la protección de los derechos de la personalidad aunque el fondo del asunto esté siendo seguido en otro Estado (y regido por otro Derecho material). No obstante, dado que alguna de estas medidas conlleva la restricción de otros derechos que pueden ser considerados como fundamentales, para el caso de una supuesta validez extraterritorial de la medida más allá del territorio del foro pueden darse eventuales problemas por incidencia del orden público del tribunal requerido (además del alcance limitado connatural de estas medidas cautelares)¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁶ Cuestión distinta es el alcance efectivo de estas medidas fuera de la jurisdicción inglesa, lo que va a abordarse en el siguiente apartado.

¹⁰⁰⁷ Por ejemplo, un usuario de *Twitter* hizo referencia a varios famosos que habían solicitado y obtenido *super injunctions* ante los tribunales ingleses para impedir la publicación de información alguna sobre su persona. A principios del mes de mayo de 2011, un juez de la *Court of Protection* acordó una orden por la que por primera vez explícitamente se prohibió la publicación de información en *Twitter* o en *Facebook* (relacionada con los sujetos que habían solicitado y obtenido esa *super injunction*). Un análisis de este y otros casos recientes puede verse en J. Croft y B. Fenton, "Footballer seeks...", *loc. cit.*

¹⁰⁰⁸ Vid. M. Pertegás Sender, "Chapter II. Jurisdiction: Section 10...", *loc. cit.*, pp. 616-620.

¹⁰⁰⁹ E incluso si son medidas de fondo dentro del sistema RBI/CL si resultan contrarias al orden público del for (tribunal requerido) podría denegarse su reconocimiento y consecuente ejecución.

3.-) Alcance de las medidas

13. Las medidas provisionales o cautelares frente lesiones a los derechos de la personalidad por publicación pueden solicitarse con independencia del medio de difusión y/o publicación del contenido lesivo, si bien la eficacia de la medida sí que puede estar condicionada por el medio utilizado¹⁰¹⁰. La cuestión de la extensión y el alcance efectivo de ese tipo de órdenes judiciales resulta muy relevante en particular cuando se pretende hacer uso de las mismas en un contexto como es el de la sociedad de la información (que pone en contraposición ordenamientos jurídicos muy dispares en la tutela de los derechos y libertades en conflicto)¹⁰¹¹. El carácter universal de Internet no impide que en determinados supuestos los tribunales puedan ordenar la cesación –o incluso prohibición– de aquellos comportamientos que supongan la infracción de derechos en el foro, incluso cuando esta ilicitud no sea tal en otras jurisdicciones en conexión (es decir, en otros países donde se tenga acceso a la información y, consecuentemente, con potencial competencia como lugar del daño); y ello con independencia de la ubicación física del servidor. El alcance global de Internet exige que haya que tener en cuenta la coexistencia de distintos sistemas jurídicos que tratan de

¹⁰¹⁰ Y lo mismo puede decirse de ciertas medidas de fondo que en la práctica cuando se intenta extender su eficacia más allá del ámbito del foro plantean problemas en sede de reconocimiento por chocar contra el orden público del tribunal del foro –al limitar otros derechos fundamentales como son la libertad de expresión e información-. Para el caso de las medidas provisionales o cautelares adoptadas –o que se quieran adoptar– con base en el art. 31 RBI se podría plantear si son adecuadas –viables– aquellas medidas que tengan efectos transfronterizos. *Vid.* M. Pertegás Sender, “Chapter II. Jurisdiction: Section 10...”, *loc. cit.*, pp. 616-617.

¹⁰¹¹ Es por ello por lo que en el caso *Gigg* (*loc. cit.*), aunque tres días antes se publicó un informe por un comité judicial que concluyó que los periodistas todavía podrían ser procesados por tales declaraciones, el Fiscal General anunció que otro comité examinaría enteramente la cuestión de las *super injunction* –en particular para el contexto virtual. El caso de este futbolista es un ejemplo del denominado efecto *Streisand*, en el cual los esfuerzos prohibir la discusión de una materia en realidad terminan por atraer más atención sobre la información prohibida (*cf.* J. Croft y B. Fenton, “Footballer seeks search...”, *loc. cit.*). Entonces, podría plantearse si tal y como están las cosas actualmente realmente *Twitter* tiene que cumplir con la segunda orden que persigue obtener las identidades de los usuarios que publicaron en esta red social. Hay que tomar en consideración el hecho de que los usuarios de esta red social son de todas partes del mundo –incluyendo Gran Bretaña sí–, pero además, la red social es una empresa americana con sede en EEUU y, en consecuencia, como entidad corporativa no estaría sujeta a la jurisdicción de los tribunales ingleses.

manera diferenciada la tutela a este tipo de derechos, en particular en relación con ciertas libertades fundamentales como es la libertad de expresión. Esto conduce a que en ciertos ordenamientos se considere legítimo el uso de cierta información potencialmente problemática mientras que en otros no lo sea (y por lo tanto susceptible de sanción o al menos de algún tipo de medida de protección para el perjudicado), lo que incide más, si cabe, en la limitada eficacia territorial de este tipo de medidas. En cualquier caso, una vez confirmada la competencia del tribunal del foro para aprobar la medida en cuestión ésta podrá adoptarse con independencia de la ubicación del servidor y sin perjuicio de que la acción de cesación o prohibición se limite exclusivamente al foro¹⁰¹², impidiendo que la información pueda ser accesible desde allí¹⁰¹³. Ahora bien, también pueden encontrarse algunas resoluciones judiciales nacionales que han desestimado la adopción de medidas de cesación precisamente alegando el alcance universal de Internet, ya que el contenido ilegítimo en el foro puede ser legal en terceros Estados, y ante la idea de no poder limitar territorialmente la información¹⁰¹⁴.

Esto es, el principal problema –y al mismo tiempo rasgo característico– de las medidas cautelares y/o provisionales adoptadas al amparo del art. 31 RBI/CL es su limitado alcance, pues se circunscribe a la jurisdicción del tribunal que las adopta¹⁰¹⁵. En

¹⁰¹² No puede hablarse en sentido estricto de una limitación territorial, pues en Internet no puede limitarse territorialmente la información en él contenida. Pero sí hay ejemplos de decisiones que limitan territorialmente la orden de cesación, A modo de ejemplo, véase el asunto *Ligue contre le racisme et l'antisémitisme et Union des étudiants juifs de France (LICRA) c. Yahoo! Inc. et Societe Yahoo! France (LICRA v. Yahoo)*, Sentencia del tribunal de Grande Instance de Paris, Ordonnance de référé, de 22 mayo de 2000. Vid. U. Kohl, “Defamation on Internet -A Duty Free Zone After All?, *Sidney L. Rev.*, vol. 22, 2000, pp. 119-140.

¹⁰¹³ Para lo que el condenado deberá adoptar las medidas técnicas oportunas.

¹⁰¹⁴ Es el caso de la decisión australiana de 3 de junio de 1999, asunto *Macquarie Bank Ltd. & Anor v. Berg* -New South Wales Supreme Court- (<http://www.austlii.edu.au>); donde se denegó la acción de cesación aun cuando el contenido de la información desde el punto de vista del foro era difamatorio y podrían en esta sede prosperar acción indemnizatoria. Resolución que fue fundadamente criticada, entre otros, vide, U. Kohl, “Defamation on Internet...”, *loc. cit.*

¹⁰¹⁵ Esto se justifica dada la gran divergencia de los Derechos internos sobre esta cuestión, por lo que el efecto de estas medidas debería limitarse al territorio del Estado miembro en que se concedieron, lo que reduciría el riesgo de *forum Shopping* en este ámbito (Cf. Apartado 3.1.5 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Versión refundida) {SEC(2010)

este sentido, se ha llegado incluso a plantear si es posible que el tribunal que sostiene su competencia sobre la base de art. 31 RBI puede o no adoptar medidas que necesitan ser ejecutadas en el exterior –fuera de su jurisdicción-. Partiendo de la admisión en general de esta competencia cautelar en aquellos supuestos¹⁰¹⁶, el hecho es que la limitación estrictamente territorial de los efectos de estas medidas provisionales adoptadas sobre la base del art. 31 RBI es indiscutible. Y esto se hace aun más patente en los supuestos de lesión de derechos de la personalidad por publicación y difusión de contenidos controvertidos cuando el medio utilizado tiene un alcance mundial como es Internet. Todo ello conduce irremediabilmente a que si lo que se quiere es controlar o impedir efectivamente la difusión de una información que está en la red al alcance de cualquiera desde cualquier país el perjudicado cuenta con dos opciones: o bien solicitar medidas en todas y cada una de las jurisdicciones donde es accesible la información (para impedir cautelarmente su disponibilidad en todas ellas, lo que además de costoso -en términos económicos y de tiempo- es totalmente ineficiente), o bien directamente acudir al lugar donde esté sito el servidor. Si lo que se pretende es la eficaz cesación o suspensión de la actividad ilícita¹⁰¹⁷: esto es, que los contenidos lesivos dejen de estar disponibles en Internet, la jurisdicción que parece más adecuada es en el país donde se encuentre el servidor donde se almacena la información. Aunque la ubicación del servidor para localizar el lugar del daño (de origen) no tiene relevancia¹⁰¹⁸, no puede olvidarse que al margen de la exclusión general de la responsabilidad de los intermediarios es evidente

1547} {SEC(2010) 1548}. COM (2010) 748, Bruselas). No así cuando el tribunal que adopta las medidas es también competente para conocer del fondo del asunto, pues en ese caso cabe el reconocimiento de esa medida en todos los Estados miembros, sin que el carácter provisional de la resolución pueda ser una causa de denegación (salvo que sea contraria al orden público).

¹⁰¹⁶ Siempre que exista una conexión suficiente con el tribunal del foro –cautelar- y la medida que se solicita que justifique esa competencia, tal y como se deriva implícitamente de dos sentencias del TJUE: *Denilauler* (*Bernard Denilauler v. SNS Couchet Frères*, C-120/79, (1980) ECR 1553, 1570-1571) y *Mietz* (*loc. cit.*). Un análisis de estas dos sentencias puede verse en M. Pertegás Sender, “Chapter II. Jurisdiction: Section 10...”, *loc. cit.*, pp.618-619.

¹⁰¹⁷ Ya sea como acción independiente de cesación como medidas provisional o cautelar accesoria a la causa principal.

¹⁰¹⁸ Por lo que no es determinante para concretar la competencia judicial internacional. Esto se justifica con la tendencia generalizada de excluir la responsabilidad de los intermediarios cuando su actividad se limita al almacenaje de información facilitada por terceros. Además de que la localización del servidor normalmente no es controlada por el proveedor del contenido, puede ser alterada fácilmente y no incide en la difusión instantánea y global de la información.

su legitimación pasiva cuando lo que se ejercita es una medida de cesación (que es lo que típicamente se busca con las medidas provisionales o cautelares). Además, acudiendo al lugar de alojamiento del servidor se cumple con las exigencias de conexión con el foro que la aplicación del art. 31 RBI/CL exige para otorgar competencia¹⁰¹⁹. Asimismo, esto evitaría posibles problemas de denegación de reconocimiento y ejecución de las medidas en caso de solicitarlas en otro Estado distinto del de ubicación del servidor con efectos más allá de su jurisdicción -para el caso de adoptarse sobre el fuero de competencia del fondo-. Aunque en algunos supuestos no es necesario acudir a los tribunales del servidor -si se busca la eficacia de la medida- si ésta se solicita directamente contra el autor del contenido lesivo (o al menos el que lo puso en la red) en su domicilio.

14. Ahora bien, el limitado alcance espacial de las medidas de cesación provisionales no viene determinado por la naturaleza cautelar del fuero en el que se fundamenta el tribunal para su adopción sino que los mismos problemas va a plantear estas medidas específicas cuando se hubieran adoptado con base en alguno de los fueros de competencia de fondo (art. 5.3 RBI ó art. 2 RBI) –y, en consecuencia, también este alcance limitado es predicable respecto de las acciones de cesación ejercitadas como acciones de fondo-. El alcance espacial de la prohibición de actividad está vinculado a la competencia judicial de base. Así es que en principio, una competencia “universal”, como la del art. 2 o la del lugar de origen del art. 5.3 RBI –establecimiento del editor/emisor de contenidos o centro de intereses principal de la víctima-, permite obtener una cesación para cualquier Estado en los que puedan producirse efectos dañosos y, correlativamente, una competencia territorialmente limitada, como la del fuero del lugar del daño del art. 5.3º, sólo puede ordenar la cesación respecto de los daños producidos en la jurisdicción del foro. Este razonamiento se deriva de la doctrina *Shevill* en relación con las acciones resarcitorias (indemnizatorias) y de *eDate Advertising*, que ha extendido esta lógica -aunque sin explicitarlo en su razonamiento- a un litigio en el que también se había planteado una acción de cesación. No obstante, el hecho de que el tribunal tenga reconocida una competencia ilimitada en ningún caso va a determinar una cesación de la actividad más allá de lo que permita el Derecho

¹⁰¹⁹ Cuando se trata de la adopción de medidas provisionales en relación con servidores situados en España, la competencia de los tribunales españoles vendrá establecida de conformidad con el art. 31 RBI –de acuerdo con lo previsto en el art. 22.5º LOPJ-.

aplicable al fondo (ya sea en atención a la legitimación del demandante o al objeto jurídico protegido¹⁰²⁰). De tal manera que vuelve a plantearse el limitado alcance espacial de las acciones de cesación en particular respecto de aquellas actividades desarrolladas en Internet –por lo que salvo que se solicitara la medida en el lugar de origen de la actividad a la que va dirigida la cesación, únicamente podría conseguirse cesaciones fragmentadas de la actividad, esto es, fragmentar por Estados el acceso o la difusión de la información¹⁰²¹-.

15. En cualquier caso, con independencia de la medida de protección cautelar que se ejercite para la tutela de estos derechos, además de por su restrictivo alcance territorial éstas estarán limitadas en otros aspectos por su propia naturaleza: de urgencia (fundamentalmente en cuanto a su adecuación temporal y de concreción). No se puede prohibir por ejemplo hablar de un asunto por tiempo indefinido como medida de prohibición frente a ataques posibles al derecho a la intimidad, el honor o la propia imagen. Las medidas cautelares se justifican por su urgencia (más aun aquellas que se adoptan *inaudita* parte), su finalidad es evitar la materialización de un riesgo inminente concreto y en un tiempo determinado, no de posibles potenciales lesiones que en un futuro incierto pudieran producirse. La existencia de un riesgo real, lo que se denomina *periculum in mora*, que designa el peligro de un daño jurídico urgente y marginal derivado del retraso de la resolución definitiva (la posible sentencia que recaiga en el proceso principal), es un requisito que la Ley procesal española exige para poder adoptar cualquier tipo de medida cautelar¹⁰²² -y en este sentido también se exige la existencia de un riesgo real por el TJUE en la interpretación del fuero cautelar del art. 31 RBI-. De lo que ha de extraerse que la exigencia de la concreta probabilidad de peligro para la efectividad de la sentencia ha de ser justificada, sin que las situaciones de peligro vengan limitadas o tasadas¹⁰²³. Sólo si concurre un peligro cierto podrá estimarse que se da la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*). Si no existe la apariencia de

¹⁰²⁰ Cf. P. Jiménez Blanco, “Acciones de cesación...”, *loc. cit.*, párrafo 13.

¹⁰²¹ Vid. diferentes soluciones en P.A. de Miguel Asensio, *Derecho privado...*, *op. cit.*, pp. 582-583.

¹⁰²² Como así se desprende del art 728.1 párrafo 1º de la LEC 1/2000.

¹⁰²³ Vid. FJ 1º Auto AP de Madrid, Secc. 19ª, Auto núm. 211/2009 de 21 septiembre AC 2010\810.

buen derecho no puede hablarse de riesgo por la demora procesal¹⁰²⁴.

Consecuentemente con lo anterior, pueden adoptarse medidas concretas por ejemplo para evitar que se emita en un programa de televisión cierta información controvertida (que al mismo tiempo o con posterioridad es difundido en la red), pero no puede impedirse que todos los medios de comunicación hablen en un futuro de un asunto en particular por un tiempo indefinido, esto es, para siempre. Además, no pueden adoptarse medidas que de forma genérica¹⁰²⁵ impongan de futuro una cesación provisional de todo comentario relativo a una materia. La tutela a los derechos de la personalidad no puede albergar una “censura” previa para la libertad de información y expresión¹⁰²⁶. Ya que esto al margen de no adecuarse a la naturaleza estrictamente de urgencia que justifica esta medida, puede suponer en todo caso que el control del orden público se ponga de manifiesto en particular en el momento del reconocimiento y

¹⁰²⁴ En este sentido, resulta interesante el Auto del Juzgado de lo Mercantil N° 2 de Bilbao, de 19 enero de 2012, proc. 9/2011 (La Ley 8924/2012, 13 Mar. 2012), aunque dictada en materia de protección de DPI es importante pues se pretendía solicitar la medida cautelar de cesación de una actividad desarrollada en la red y se analizan los requisitos necesario para ello –lo que podría extrapolarse a supuestos de lesiones en la red de los derechos de la personalidad por publicación y distribución de contenidos-. En esta resolución se deniega la adopción de la medida cautelar solicitada: el cese de la comunicación pública de las obras de arte de 37 creadores a través de la página *web* del Museo Guggenheim; por varias razones: no concurren los presupuestos de la apariencia de buen derecho y de peligro por la mora procesal. En cuanto a este último, la entidad gestora demandante (VEGAP) consintió la situación durante un periodo de más de 10 años, sin que justificara el porqué del retraso de su pretensión. Y por lo que respecta al *fumus boni iuris*, la demandante no aportó elementos de prueba que permitieran fundar un juicio provisional e indiciario favorable a su pretensión.

¹⁰²⁵ El art. 732 LEC exige que la solicitud de medidas cautelares se formule con claridad y precisión, justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción (art. 728 LEC). Entre la jurisprudencia, *vid.* SAP Las Palmas, secc. 4ª, de 6 de marzo de 2003, donde se declara que es inadmisibile la medida que pretende la declaración de indeterminadas condenas de futuro.

¹⁰²⁶ *Vid.* STC 187/1999 de 25 de octubre. Donde el TC para definir la “censura previa” establece que ni la ley ni los jueces y tribunales al margen o en ausencia de ley “*pueden someter a previa autorización judicial el ejercicio de tales libertades –expresión e información–, esto es, imponer cualesquiera limitaciones preventivas de su ejercicio con carácter permanente, y respondiendo a criterios de oportunidad, constitutivas -esas sí- de «censura previa» en su más evidente manifestación. Si la ley o, por su cuenta, un juez así lo hicieren, infringirían el art. 20.1 y 2 CE., y el segundo, a falta de ley habilitante, quedaría extramuros también del art. 24 CE.*”

ejecución de estas medidas extranjeras por el tribunal requerido -ya sean cautelares o de fondo-. Así mismo, las medidas cautelares siempre son accesorias, dependientes de una causa principal –sin entidad autónoma¹⁰²⁷-, de tal forma que su eficacia va a depender de que posteriormente –o de forma coetánea- se interponga por el titular del derecho afectado una demanda por intromisión ilegítima, lo que también limita temporalmente su vigencia¹⁰²⁸. Si bien es cierto que las medidas cautelares no son inalterables, también lo es (de conformidad con el art. 743 LEC), que la modificación requiere de alegación y prueba de los hechos y circunstancias cambiantes (la carga de la prueba le corresponde, como es lógico, al que solicita la modificación de medidas). Consecuentemente, si es denegada la petición de medidas cautelares sólo se podrá reproducir la solicitud si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición (art. 736 LEC).

En definitiva, el juez puede adoptar medidas cautelares siempre que existan indicios racionales de carácter fáctico de que la lesión al derecho personal en cuestión se ha producido realmente, pero no en relación a hipotéticos hechos futuros. La cuestión de si con el objeto de proteger los derechos al honor, a la propia imagen o a la intimidad los jueces pueden adoptar medidas provisionales que impidan la intromisión ilegítima de tales derechos, tiene una respuesta afirmativa con carácter general. Ahora bien, siempre que concurren indicios racionales de naturaleza fáctica de que se ha producido lesión. Es decir, previamente a la presentación de demanda preceptiva para la protección de sus derechos, aquella persona que cree vulnerados los mismos ante ese mismo juez, puede solicitar adopción de medidas cautelares de carácter provisional, como consecuencia de unos hechos anteriores y “denunciados” con antelación. En este contexto, para el caso de que el Juez entienda que exista indicio de buen derecho a favor del actor -*fumus boni iuris*-, o si considera que el tiempo que puede transcurrir hasta la resolución del caso -*periculum in mora*-, puede poner en peligro, hasta el punto de hacer ineficaz, la posible

¹⁰²⁷ Tanto por su naturaleza, que no es la de ser un procedimiento con vocación de dar una respuesta definitiva, ni por su estructura procesal, lo que supone una limitación de alegaciones y prueba. (cf. FJ 1º, Auto AP Toledo, de 3 de noviembre de 2008, Nº Resolución 81/2008, Nº Recurso: 1044/2008).

¹⁰²⁸ El art. 730 LEC contempla como regla general que el tiempo de solicitud de las medidas cautelares corresponde al momento de presentación de la demanda, previendo como excepción la solicitud antes de presentarse la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad.

sentencia favorable que recaiga, podrá adoptar una medida cautelar consistente en obligar al agente causante a que cese en la intromisión. Por lo tanto, las medidas cautelares únicamente puede solicitarse -y consecuentemente concederse- una vez que se haya consumado el ilícito. No procede, por ello, pedir medidas cautelares en relación a derechos fundamentales, sobre unos hipotéticos hechos futuros, sin haber demandado ante el juez con carácter previo la protección de una intromisión concreta que sea considerada como ilegítima¹⁰²⁹.

4.- Adopción de medidas frente a prestadores de servicios de la sociedad de la información.

16. Al margen de las medidas que particularmente se prevén en el ordenamiento español -directamente por el legislador o por la jurisprudencia- para la protección de los derechos de la personalidad, puede plantearse si cabe adoptarse otras medidas, no previstas para estos derechos específicamente pero sí para la tutela de otros derechos con los que puede establecerse más de una similitud: los Derechos de Propiedad Intelectual (en adelante DPI)¹⁰³⁰. En particular, se hace referencia a la adopción de ciertas medidas frente a los prestadores de servicios de la sociedad de la información que son intermediarios cuando el medio utilizado para la publicación del material lesivo es Internet¹⁰³¹, entre las que se encuentra la de cesación. En los supuestos de difamación

¹⁰²⁹ Parece claro entre la doctrina la no procedencia de medidas cautelares de carácter preventivo ante futuras posibles intromisiones o lesiones de derechos fundamentales, sino que siempre tienen una naturaleza defensiva, posterior a la consumación del supuesto ilícito. Entre otros, Cf. M. Carrillo, “La intimidad, las celebridades...”, *loc. cit.*, pp. 2-3.

¹⁰³⁰ La similitud de las cuestiones que pueden plantearse y de los criterios para la solución de los litigios relativos a la responsabilidad extracontractual derivada de la infracción de DPI con los litigios relativos a la intromisión en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen como consecuencia de la difusión de información a través de Internet, ha sido puesto de manifiesto por la doctrina. Esto ha permitido plantear un tratamiento conjunto de las mismas, salvando las diferencias entre los intereses en juego que justifican respuestas parcialmente distintas, en particular en lo que se refiere a la concreción del fuero del lugar del daño en el medio virtual. Como así hace en particular, entre otros, P. A. de Miguel Asensio, *Derecho Privado...*, *ob. cit.*, p. 187 (en nota a pie nº 152), donde remite con carácter complementario a lo referido para los litigios por infracción de DPI para los litigios por lesión de estos derechos de la personalidad (Capítulos III y IV).

¹⁰³¹ Especialmente se refiere a las medidas establecidas a nivel comunitario en el art. 8.3 Directiva 2001/29/CE (Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de

o lesiones de los derechos de la personalidad en la red resulta fundamental la acción de cesación como medida de tutela -ya sea de fondo o cautelar-¹⁰³². Las acciones de cesación frente a las actividades lesivas de los usuarios están previstas en la *DCE* (art. 18.1º) -en España la *DCE* se implementa por la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en lo sucesivo *LSSI*¹⁰³³-. Este precepto las admite sin restricciones, si bien deja libertad a los Estados miembros para que establezcan la regulación que estimen conveniente. La *LSSI* guarda silencio al respecto,

2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.)-y en mismo sentido, también en el art. 9.1.a) Directiva 2004/48/CE (Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual.)-, y en el art. 138 LPI en el ordenamiento español. El art. 8.3 de la Directiva 2001/29/CE incide en la extensión de la legitimación pasiva a la hora de determinar contra quién puede solicitarse las medidas: los intermediarios -aunque estos se encuentren exentos de responsabilidad por los contenidos como regla general., no en sí las medidas que pueden adoptarse-. Las medidas que pueden solicitarse por el titular del derecho -contra el infractor y/o los intermediarios- vienen concretadas en el art. 9.1.a) de la Directiva 2004/48/CE, con remisión al Derecho nacional: Medidas provisionales y cautelares 1. Los Estados miembros garantizarán que, a petición del solicitante, las autoridades judiciales puedan: a) dictar contra el presunto infractor un mandamiento judicial destinado a prevenir cualquier infracción inminente de un derecho de propiedad intelectual, a prohibir, con carácter provisional y, cuando proceda, si así lo dispone el Derecho nacional, bajo pago de multa coercitiva, la continuación de las infracciones alegadas de ese derecho, o a supeditar tal continuación a la presentación de garantías destinadas a asegurar la indemnización del titular; también podrá dictarse un mandamiento judicial, en las mismas condiciones, contra el intermediario cuyos servicios sean utilizados por un tercero para infringir un derecho de propiedad intelectual; los mandamientos judiciales contra intermediarios cuyos servicios sean utilizados por un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín se contemplan en la Directiva 2001/29/CE.

¹⁰³² Con la modificación de la LEC del 2000, realizada mediante la ley 34/2002, se abrió la posibilidad de solicitar medidas cautelares de cesación no solo frente a los autores de la actividad lesiva sino también respecto de los prestadores de servicio de la sociedad de la Información (Véase, a modo de ejemplo, Auto de 10 Nov. 2004, número de Recurso: 14/2004, Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, LA LEY JURIS: 210/2005). Si bien, esta posibilidad se ve limitada únicamente al ámbito de protección de los derechos de propiedad intelectual, fundamentalmente, ante violaciones de los derechos de autor materializadas *online*. No parece razonable, que se circunscriba esta posibilidad únicamente a este campo, dejando desamparado un sector tan importante (tanto cuantitativa como cualitativamente, desde el punto de vista de los ilícitos cometidos en la red)

¹⁰³³ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

lo que ha sido interpretado por la mayoría de la doctrina como una mera remisión al sistema general¹⁰³⁴. Esta postura que ha sido corroborada por la jurisprudencia nacional, aunque inicialmente se mostró vacilante al respecto. En este sentido puede encontrarse resoluciones iniciales en las que se entendía que si el prestador de servicios de la sociedad de la información adecuaba su actividad al estándar de diligencia exigido por la norma –LSSI-, se encontraba protegido frente a cualquier tipo de acción ejercitable por el perjudicado, ya fuera indemnizatoria, de cesación o de remoción del contenido¹⁰³⁵. Todo ello conducía, necesariamente, a que para asegurar el éxito de la acción debía previamente notificarse al prestador de servicios de la sociedad de la información la infracción, para que después pudiera ampararse la solicitud de cese o remoción en su inactividad¹⁰³⁶. Esta situación de inseguridad en el sistema español en relación con daños al honor y demás derechos de la personalidad en el medio virtual difería de otros sectores de responsabilidad extracontractual, como es el caso de los DPI. En el Derecho español para la tutela de los DPI se prevén distintas medidas en la LPI (que recuerdan a las previstas por el legislador para la protección de los derechos de la personalidad), y entre las que se encuentran la acción de cesación de la actividad y las medidas cautelares de protección urgente de carácter previo¹⁰³⁷. Las medidas que comprende el cese de la actividad ilícita se recogen en el art. 139.1 LPI y las medidas cautelares en el art. 141 LPI¹⁰³⁸. Todas estas medidas son ejercitables frente al infractor y los intermediarios si el daño se verifica en la red. Así el art. 138 LPI al regular las “acciones y medidas cautelares urgentes” prevé que “*tanto las medidas de cesación específicas*

¹⁰³⁴ Vid., entre otros, M. Peguera Poch, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Granada, 2007, p 234; I. Garrote Fernández-Díez, “Acciones civiles contra...”, *loc. cit.*, p. 67; A. Soler Presas, “*I am in...*”, *loc. cit.*, p. 27; y la jurisprudencia en ellos referida.

¹⁰³⁵ Por lo que únicamente podrían solicitarse frente al ISP en la infracción del deber marco de colaboración del art. 11 LSSI. En este sentido, véase la jurisprudencia referida, *ibidem*.

¹⁰³⁶ Cf. C. Gómez Martínez, *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, Madrid, 2004, p. 184.

¹⁰³⁷ Vid. Art. 138 LPI: “El titular de los derechos reconocidos en esta Ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 139 y 140. También podrá instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor”.

¹⁰³⁸ Cuya eficacia va a depender de que se presente correspondiente demanda en los términos previstos por la LEC 1/2000.

*contempladas en el artículo 139.1.h) LPI*¹⁰³⁹ *como las medidas cautelares previstas en el artículo 141.6 LPI podrán también solicitarse, cuando sean apropiadas, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta Ley, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción, sin perjuicio de lo dispuesto en la LSSI*”¹⁰⁴⁰. La LPI hace una remisión directa a la LSSI lo que podría plantear las dudas referidas a la posibilidad o no del ejercicio de estas medidas frente a los prestadores de servicios de la sociedad de la información cuando estos se benefician de la exención de responsabilidad prevista como regla general en la LSSI. La respuesta - como se ha anticipado- no puede ser otra que favorable, pues si los intermediarios no pueden reputarse como responsables y, consecuentemente, no puede ejercitarse contra ellos acción por su actividad, la víctima o perjudicado debe contar con medios efectivos para tutelar al menos cautelarmente su derecho que está siendo reiteradamente lesionado con mediación del intermediario, y esto sólo se consigue si se permite solicitar medidas provisionales y/o cautelares de cesación contra los intermediarios.

Cuestión distinta es la efectividad de las medidas de cesación en Internet. En primer lugar es posible que no llegue a adoptarse, pues como ya se ha visto la reglamentación de los intereses en juego en este tipo de litigios -derechos de la personalidad y libertades de expresión e información- difiere en gran medida de un ordenamiento jurídico a otro, de tal manera que dependiendo del Derecho aplicable a esta medida será o no susceptible de adopción -pues es posible que según ese sistema nacional la actividad que se pretende cesar es legítima, amparada por la libertad de expresión-. En segundo lugar, aun en el supuesto de que se adoptase es posible que no

¹⁰³⁹ Y en particular, en lo que se refiere a los derechos de autor o afines a los derechos de autor –por los paralelismos que el derecho moral de autor puede tener con ciertos derechos de la personalidad- puede ponerse en relación con el art. 8. 3 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DO L 167, p. 10). Art. 8. 3: “*Los Estados miembros velarán por que los titulares de los derechos están en condiciones de solicitar medidas cautelares contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor.*”

¹⁰⁴⁰ Redactado conforme a la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios (BOE núm.134, de 6-6-2006, pp. 21230-21238).

produzca efectos más allá de la jurisdicción que la adoptó en el sentido que para poder producir efectos extraterritoriales es necesario que pase la medida por el procedimiento de homologación previsto en el sistema del Estado requerido, y el general recurso al orden público como causa de denegación del reconocimiento podría impedir tal eficacia -precisamente por esa diversidad de aproximaciones en los ordenamientos nacionales en esta materia-. Por lo que el perjudicado debería ir uno a uno a los Estados desde donde se tiene acceso a los contenidos controvertidos solicitando el cese de la actividad -lo que resulta del todo imposible y, en muchas ocasiones ineficaz, por el primer motivo señalado-. De tal manera que la solución ideal sería solicitar la medida de cesación en el Estado del establecimiento del prestador de servicios de intermediación correspondiente -servidor donde se encuentran los materiales lesivos colgados- y que el Derecho aplicable permitiera tal medida.

17. Ahora bien, al margen de la acción de cesación podría plantearse si cabría la adopción de esas otras medidas de protección específicamente previstas para la protección de los DPI (frente al infractor y los intermediarios) por vía de la analogía para los derechos de la personalidad. En concreto, específicamente para la tutela de los derechos de la personalidad resulta interesante la posibilidad de que los tribunales puedan exigir a ciertos prestadores de servicios que faciliten los datos personales del autor material de la infracción con el fin de garantizar estos derechos dentro de un proceso civil¹⁰⁴¹. Más aun cuando esta medida en particular es posible en función de otros instrumentos comunitarios aplicables en el ámbito de los DPI. Es el caso del Reglamento del Consejo n° 1383/03¹⁰⁴² (en adelante R1383/03) que ante supuestos de piratería y usurpación de marcas permite al titular del DPI exigir a las autoridades

¹⁰⁴¹ Posibilidad que se ha barajado por el TJUE si bien respeto de la protección de los derechos de autor en la STJCE de 29 de enero de 2008, C-275/06, *Promusicae*. En la misma línea, véase apartado 3.4 (*Equilibrio razonable entre el derecho de información y las normas de protección de la intimidad*) del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, sobre la aplicación de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual - SEC(2010) 1589 final (COM(2010) 779 final. Bruselas, 22.12.2010).

¹⁰⁴² Reglamento (CE) No 1383/2003 del Consejo de 22 de julio de 2003 relativo a la intervención de las autoridades aduaneras en los casos de mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de propiedad intelectual y a las medidas que deben tomarse respecto de las mercancías que vulneren esos derechos. (*DOUE*, L 196/72.8.2003)

aduaneras que le faciliten la información necesaria sobre el declarante o destinatario de las mercaderías para poder ejercitar las acciones judiciales necesarias para la tutela de su derecho, aunque resultara contraria a su Ley nacional sobre protección de datos. En este sentido debe interpretarse este Reglamento, según doctrina establecida por el TJUE en la Sentencia de 14 de octubre de 1999 (C-223/98)¹⁰⁴³ (si bien dictada en relación con el anterior Reglamento, el 3295/94¹⁰⁴⁴, derogado y sustituido por actual R1383/03). En este caso la administración de aduanas suspendió la puesta en libre práctica de determinadas mercancías el 16 de febrero de 1998, al entender que pudieran ser atentativas de un derecho exclusivo de marcas para lo que informó al titular de la marca *Adidas* (*Adidas AG*), que inspeccionó la mercancía. En consecuencia, la empresa *Adidas AG* presentó la correspondiente demanda de intervención y ésta se produjo (art. 3 R 3295/94), pero tal y como señala el reglamento esta situación es temporal (art. 7 R 3295/94). Consecuentemente, *Adidas AG* solicitó a las autoridades aduaneras información sobre el declarante o destinatario de las mercancías para poder entablar la correspondiente demanda judicial contra el responsable en tutela de sus derechos e intereses, a lo que se negaron por entender que era contrario a la normativa nacional de protección de datos (Ley Sueca de protección de datos). Seguidamente se presentó cuestión prejudicial al respecto que el TJCE resolvió fallando en el sentido que el Derecho nacional sobre protección de datos alegado era contrario al R 3295/94 (actual R1383/03)¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴³ STJCE de 14 de octubre de 1999, *Adidas AG* (C-223/98).

¹⁰⁴⁴ Reglamento (CE) n. 3295/94 del Consejo de 22 de diciembre de 1994, por el que se establecen medidas dirigidas a prohibir el despacho a libre práctica, la exportación, la reexportación y la inclusión en un régimen de suspensión de las mercancías con usurpación de marca y las mercancías piratas (*DO* L 341, p. 8).

¹⁰⁴⁵ El Reglamento (CE) n. 3295/94 del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, por el que se establecen medidas dirigidas a prohibir el despacho a libre práctica, la exportación, la reexportación y la inclusión en un régimen de suspensión de las mercancías con usurpación de marca y las mercancías piratas, debe ser interpretado en el sentido de que se opone a una disposición nacional en virtud de la cual no puede comunicarse al titular de un derecho de marca la identidad del declarante o del destinatario de las mercancías importadas respecto a las cuales dicho titular haya comprobado que son mercancías con usurpación de marca.

En cualquier caso, para que se pueda llevar a la práctica esta tesis habría que realizar una aplicación por analogía del art. 4 de la Directiva 2004/48/CE¹⁰⁴⁶ para reconocer a los titulares de los derechos de la personalidad que están siendo lesionados mediante el uso de Internet la legitimación para poder solicitar las medidas previstas en esta Directiva frente a los prestadores de servicios cuya mediación¹⁰⁴⁷ se está utilizando para cometer la violación¹⁰⁴⁸. La responsabilidad de estos intermediarios, exclusivamente para fundamentar su legitimación pasiva frente a la adopción de tales medidas se derivaría de la propia LO1/82 (sin tener que recurrir al art. 1902 Cc.).

II.- Referencia al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras

18. La cuestión de la eficacia transfronteriza de las decisiones judiciales extranjeras en esta materia resulta de especial relevancia, fundamentalmente por el hecho de que lo que está en juego son derechos y libertades fundamentales. Las distintas aproximaciones que de los derechos en pugna se realizan por los sistemas jurídicos nacionales se traduce en potencias sentencias contradictorias que difícilmente pueden manifestar sus efectos más allá de su jurisdicción. Particularmente interesante resulta en este sentido la práctica jurisprudencial americana, en especial tras las recientes normas adoptadas en aras de la protección de la libertad de expresión de sus nacionales frente a cualquier resolución extranjera en materia de difamación internacional. Toda vez que no existen tantos problemas específicos en esta materia –en particular para la

¹⁰⁴⁶ Relativo a las personas legitimadas para solicitar la aplicación de medidas, procedimientos y recursos previstos en esta Directiva.

¹⁰⁴⁷ La Directiva utiliza un concepto de intermediarios muy amplio: aquellos “cuyos servicios hayan sido utilizados por terceros para infringir un derecho de propiedad intelectual”. Lo que se ha interpretado por la Comisión en el sentido de esto implica que incluso los intermediarios sin relación o conexión contractual directa con el infractor están sujetos a las medidas previstas en la Directiva. *Cf.* El apartado 3.3 del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, sobre la aplicación de la Directiva 2004/48/CE, *loc. cit.*).

¹⁰⁴⁸ Lo que no se traduce en la existencia de responsabilidad de los intermediarios en la comisión del ilícito de conformidad con la regla general de exención de responsabilidad del art. 16 LSSI. En este sentido, la Comisión en el citado Informe sobre la Directiva establece que sería conveniente precisar que los mandamientos judiciales (medidas provisionales y/o cautelares) no deben depender de la responsabilidad del intermediario (*Cf. loc. cit.*, apartado 3.3 *in fine.*)

difamación transfronteriza- en este sector¹⁰⁴⁹-, el estudio se centrará fundamentalmente en aquellos aspectos particulares que esta materia muestra en este campo. Siguiendo este esquema, en los siguientes párrafos se abordarán cinco cuestiones básicas que pueden incidir específicamente en el reconocimiento y ejecución de las posibles sentencias extranjeras que eventualmente recaigan en este tipo de litigios.

1.- Perspectiva comparada y adopción de legislación específica: el modelo de EEUU

19. En primer lugar resulta particularmente interesante la reciente legislación norteamericana¹⁰⁵⁰ aprobada en materia de protección de la libertad de expresión frente a posibles acciones por difamación ejercitadas ante tribunales extranjeros. Esta nueva regulación federal incide directamente en la eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales que en materia de difamación puedan dictarse por los tribunales nacionales de cualquier Estado. Se trata de la *Federal Speech Act* de 2010¹⁰⁵¹ en la que expresamente se recoge como causa de denegación del reconocimiento de cualquier decisión extranjera (con independencia del Estado de origen) que no respete la tutela que la Primera Enmienda otorga a la libertad de expresión en EEUU¹⁰⁵². Esta ley federal -y las

¹⁰⁴⁹ Además de que o bien ya se han abordado –al ser una cuestión de competencia judicial indirecta- o se abordarán en el siguiente capítulo al estar íntimamente relacionado con la cláusula general de orden público del tribunal del foro para evitar la aplicación del Derecho extranjero, en función de la regulación sustantiva nacional de los derechos fundamentales en pugna (derechos de la personalidad y libertades fundamentales).

¹⁰⁵⁰ De ámbito federal que sigue la tendencia legislativa iniciada por varias normas estatales desde el año 2008. En particular, respecto de la iniciativa legislativa del Estado de California y su incidencia en otros Estados de la Unión puede verse, T. Childress “Nonrecognition of Foreign Defamation Judgments”, publicado el 23 de abril de 2010 en [conflicto of laws.net](http://conflictoflaws.net/2010/nonrecognition-of-foreign-defamation-judgments/), <http://conflictoflaws.net/2010/nonrecognition-of-foreign-defamation-judgments/>.

¹⁰⁵¹ 28 U.S.C. §§ 4101-4105. *Securing The Protection of Our Enduring and Established Constitutional Heritage Act*. Aprobada por el Congreso el 10 de agosto de 2010. Texto disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ223/html/PLAW-111publ223.htm>

¹⁰⁵² Para un análisis particular de los problemas de reconocimiento entre los tribunales europeos y los estadounidenses en materia de difamación a la luz de la *Speech Act* de 2010 y las diversas legislaciones estatales de protección de la libertad de expresión, *vid.* J. Balcarczyk, “Recognition of Overseas Defamation Judgments in Europe and in the US”, *AEDIPr*, 2001 (en prensa), en particular la jurisprudencia americana referida.

correlativas de algunos Estados de la Unión- eliminan la posibilidad de ejecutar forzosamente las sentencias extranjeras provenientes de países donde no se garantice la libertad de expresión en los mismos términos que los tribunales americanos. Aunque estas leyes únicamente se aplican en relación con resoluciones extranjeras dictadas en procedimientos sobre difamación, lo que verdaderamente subyace en esta normativa es la intención de proteger legislativamente a los individuos y empresas de EEUU frente a posibles procedimientos en terceros países donde no se tutele la libertad de expresión como valor fundamental. En este sentido, esta ley federal incluye la conclusión del Congreso que establece que: *“algunas personas obstruyen el derecho a la libertad de expresión de los autores y editores de los Estados Unidos, e impiden el legítimo interés tutelado por la Primera enmienda de la Constitución de la ciudadanía de recibir información en materias de importancia, mediante la búsqueda de jurisdicciones extranjeras que no otorgan la protección de la libertad de expresión mediante la exención completa de responsabilidad de autores y editores que sí se reconoce en los EEUU, demandando autores y editores americanos ante aquellas jurisdicciones extranjeras”*¹⁰⁵³.

En lo que respecta en particular a la difamación, el objetivo de esta norma (y las demás de alcance estatal) es evitar –o al menos persuadir- las posibles demandas por difamación en terceros países cuando el presunto responsable es un ciudadano o empresa de EEUU –esto es, mitigar el denominado *“libel turismo”* tan generalizado en este sector en especial ante los tribunales ingleses¹⁰⁵⁴1055-.

¹⁰⁵³ Pub. L. 111-223 (2010), § 1 (codified at 28 USC § 1, note).

¹⁰⁵⁴ De hecho sus antecesoras, la *Free Speech Protection Act*, que fue presentada ante el Congreso en 2008 y de nuevo posteriormente una nueva versión en 2009 (pero no llegaron a ser aprobadas en ninguna de las ocasiones, y ambas han sido reemplazadas por la actual *Speech Act* que fue aprobada por unanimidad tanto en la Cámara de Representantes como en el Senado) estaban inspiradas por las batallas legales de *Khalid bin Mahfouz (Ehrenfeld v. Bin Mahfouz*, 9 N.Y. 3d 501, N.Y. App. 2007). Se trataba de una demanda presentada por un banquero saudí, Khalid Bin Mahfouz, contra Rachel Ehrenfeld en Inglaterra por difamación. La demandada es autora de un libro, publicado en 2003, en el que se indica que el demandante podría financiar a terroristas. Únicamente se vendieron en Inglaterra 23 copias del libro pero aun así sus tribunales se declararon competentes para conocer de la demanda. La demandada se negó a comparecer ante los tribunales ingleses y recayó sentencia contra ella condenándole por un total de 225.000 dólares. La demandada por su parte solicitó la incoación de un procedimiento declarativo ante los tribunales de Nueva York para que declararan que la resolución judicial recaída en

En el sistema normativo de EEUU no se reconoce competencia judicial internacional a los tribunales de EEUU -por la jurisdicción personal- para poder adoptar medidas frente a extranjeros que hubieran presentado contra sus nacionales reclamaciones por difamación transfronterizas en terceros Estados (aun cuando la actividad que se estuviera enjuiciando en ese tercer Estado estuviera amparada por la Primera Enmienda), esto ha motivado los recientes cambios legislativos (dirigidos a evitar que esas decisiones extranjeras produzcan efectos en la jurisdicción americana¹⁰⁵⁶). En este sentido, la *Speech Act* exige que todas la decisiones extranjeras

juicio -en Inglaterra- no era ejecutable allí, y que su trabajo estaba protegido por el Derecho estadounidense. Pero la Corte de Apelación de Nueva York determinó que su causa no podía ser escuchada de conformidad con la ley estatal existente ya que no se reconocía jurisdicción personal sobre Khalid Bin Mahfouz.

¹⁰⁵⁵ La difamación transfronteriza constituye entre estos dos países una verdadera preocupación, por lo que junto con la iniciativa de EEUU (la *Speech Act*) por el Reino Unido también se ha planteado ciertas modificaciones sobre la *Defamation Act*, la última de 2011 (ya referida). con el fin de desincentivar ese llamado *libel tourism*. Sobre estas cuestiones, L. Levi, “The Problem of Trans-National Libel”, *University of Miami Legal Studies Research Paper* No. 2011-11 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1795237) y J-J Kuipers, “Towards a European Approach...”, *loc. cit.*, pp. 1681 y ss.

¹⁰⁵⁶ No solo a nivel federal sino que también hay ya consumadas iniciativas legislativas de varios Estados de la Unión. Como es el caso de Nueva York con la *Libel Terrorism Protection Act* de 2008 (S.6687/A.9652) otorga a los tribunales de Nueva York jurisdicción respecto de cualquiera que obtenga una resolución sobre difamación dictada en un tribunal extranjero contra editores o autores de Nueva York (establecidos en), y limita la ejecución de las decisiones extranjeras únicamente a aquellas que satisfagan la libertad de expresión y de prensa garantizadas por la Constitución de Estados Unidos y de Nueva York. Además, permite al eventual ejecutado –autor estadounidense condenado por difamación en el extranjero- a obtener tres veces la cantidad obtenida por el presunto perjudicado en la sentencia extranjera por difamación si prueba que ha sido vulnerado en sus derechos reconocidos por la Primera Enmienda. Sobre estas cuestiones, H. Rogers, *Winfield & Jolowicz Tort*, 18ª ed., Londres, 2010, capítulo 12, apartados 12-69. En términos muy similares a la regulación de Nueva York la *Libel Tourism law* de Illinois de agosto de 2008 (*vid.* 735 *ILL. COMP. STAT.* 5/12-621 (b)(7) (2009); 735 *ILL. COMP. STAT.* 5/2-209 (b-5) (2009).), y la *Libel Tourism law* de Florida de mayo de 2009 (*vid.* *Florida Statutes* 55.605 (2)(h); 55.6055). Y en líneas generales también muy parecida la *California's Libel Tourism Act*, (en vigor desde el 1 de enero de 2010), que establece que los tribunales de California no reconocerán la sentencias extranjeras cuando incorporen una indemnización por reclamaciones por difamación salvo que la ley aplicada a la difamación por el tribunal extranjero proporcione al menos tanta protección para la libertad de expresión y prensa como la profesada por las Constitución de los Estados Unidos y de California. Con la adopción de la *Speech Act* se generaliza en todo EEUU esta tendencia, de tal manera que en el

sobre difamación sean conformes o compatibles con la Primera Enmienda, o en caso contrario no podrán ser ejecutadas en los Estados Unidos¹⁰⁵⁷. Aunque la materialización de normas concretas –tanto estatales como la federal- es relativamente nueva, el conflicto entre las sentencias extranjeras y la Primera Enmienda se remonta a la primera mitad del siglo XX¹⁰⁵⁸.

En conclusión, esta reforma en EEUU responde a una protección conocida en nuestro sistema: el orden público, pero el equilibrio entre los derechos fundamentales implicados puede ser diferente entre EEUU y Europa. En este sentido puede referirse distinta jurisprudencia, por ejemplo en lo que respecta al Estado de Nueva York, en el

momento en que en cualquiera de los Estados de la Unión se solicite el reconocimiento de una resolución extranjera en estos términos aquellos que carezcan de legislación estatal propia podrán acudir a esta norma para evitar el reconocimiento, mientras que en aquellos Estados que ya tienen su propia legislación, la aplicación de una u otra supone efectos idénticos –quizá el recurso a una u otra venga marcado por el alcance territorial que la decisión que pretende reconocerse tenga-.

¹⁰⁵⁷ Section 4102 (*Recognition of foreign defamation judgments*) de la *Speech Act* 2010. Con anterioridad a esta norma ya se reclamaba esta postura por la doctrina americana en términos generales frente a cualquier resolución extranjera atendiendo a la práctica generalizada del denominado “*libel turismo*” –fundamentalmente ante los tribunales ingleses-. En este sentido puede verse, en atención al caso *Ehrenfeld* y la legislación de N. York, F. Abrams, “Foreign law and The First Amendment”, *The Wall Street Journal*, 30 Abril de 2008, p. A15. Una aproximación general de la materia puede verse en S. Davidson, “International Considerations in Libel Jurisdiction”, *Forum on Public Policy*, <http://forumonpublicpolicy.com/archivespring08/davidson.pdf>. Ahora bien, esta aproximación legislativa no es extraña en otros sistemas nacionales, como por ejemplo ocurre en el Derecho japonés en relación con las sentencias norteamericanas –si bien para otras materias extracontractuales-. En el sistema nipón el estatuto de recuperación (*clawback statute*) permite al demandado –nacional japonés- recuperar la cantidad (más las costas e intereses) impuestas por cualquier sentencia americana ante determinadas violaciones en materia de *antidumping*. Véase en este sentido, asunto *Goss Int’l v. Tokyo Kikai Seisakusho, Ltd.*, 491 F.3d 355 (8th Cir. 2007).

¹⁰⁵⁸ En 1941, cuando el TS estadounidense (en relación con resoluciones de tribunales ingleses) distinguió claramente entre la protección de la libertad de expresión americana y la protección de la libertad de expresión inglesa. Con la aprobación de la Ley de Difamación inglesa (*Defamation Act* 1996) que choca frontalmente con la libertad de expresión tal y como está concebida y tutelada por la Primera Enmienda – y tiene un estándar de exigencia probatoria sobre la difamación más bajo-, unido al hecho de que Inglaterra es elegida reiteradamente como fuero para demandar por difamación por los demandantes de todo el mundo, todo ello parece que justificaría –al menos en principio- esta solución legislativa prevista en EEUU para las reclamaciones transfronterizas por difamación. *Vid.* F. Abrams, “Foreign law...”, *loc. cit.*

caso *Bachchan v. India Abroad Publ'ns, Inc*¹⁰⁵⁹ un tribunal de primera Instancia rehusó la ejecución forzosa de una sentencia inglesa dictada en un asunto sobre difamación, y para ello se fundamentó en una ley de Nueva York que estipula que "a) *una sentencia extranjera no tiene que ser reconocida si (...) la causa de la acción en la que la resolución está basada es gravemente contraria al orden público de este Estado (...)*"¹⁰⁶⁰.

2.- Causas de denegación del reconocimiento en España y la UE: el recurso al orden público material

20. También desde la perspectiva europea las resoluciones extranjeras en general, y las de los tribunales de EEUU en particular, adoptadas en este tipo de litigios tampoco han sido fácilmente reconocidas por los tribunales nacionales. Las causas de denegación de reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras se han reconducido generalmente a través del recurso al orden público por el tribunal requerido (en su aspecto sustantivo). En términos generales, la incidencia del orden público como motivo de no reconocimiento permite clasificar los supuestos en dos grandes grupos: por un lado aquellos en los que la causa de denegación del reconocimiento se centra o refiere al tipo de daños que la resolución recoge y, por otro lado, cuando ésta está en conexión con la propia ilicitud del comportamiento enjuiciado y sancionado por la decisión extranjera (lo que viene determinado en función del tratamiento que de los derechos en pugna se realiza tanto en el foro -tribunal requerido- como en el Derecho material extranjero que el tribunal de origen aplicó para resolver sobre el fondo ¹⁰⁶¹).

En los siguientes apartados se analizarán cada una de estas dos causas principales de denegación del reconocimiento en el contexto comunitario en atención a la práctica jurisprudencial nacional de los Estado miembros así como la evolución de la materia. Para ello se comenzará con la principal causa de denegación de reconocimiento

¹⁰⁵⁹ 154 Misc.2d 228, 585 N.Y.S.2d 661 (N.Y. Sup. Ct. 1992).

¹⁰⁶⁰ N.Y. C.P.L.R. 5304(b)(4). Si bien, el tenor literal de este norma utiliza el calificativo "*repugnant*" lo que se ha traducido como "gravemente contrario" por resultar más adecuado al contexto legal.

¹⁰⁶¹ Lo que se traduce en la práctica en un control por el tribunal requerido de la ley extranjera aplicada al procedimiento por el tribunal de origen para resolver.

en este tipo de litigios derivada de las distintas aproximaciones que los sistemas jurídicos nacionales realizan de los derechos fundamentales en colisión -lo que puede ocurrir incluso entre ordenamientos pertenecientes a la misma familia jurídica-, para finalizar con los problemas de reconocimiento que tradicionalmente los denominados *punitive damages* han causado en las jurisdicciones nacionales de la familia del *civil law* -como figura propia del sistema *common law*-.

A) Vigencia social y temporal de los derechos de la personalidad como fundamentales

21. Las distintas aproximaciones que los diversos sistemas jurídicos nacionales han optado a la hora de reglamentar estas dos categorías de derechos (incluso si se comparan ordenamientos jurídicos pertenecientes a la misma familia jurídica -o de tradición similar- como es el caso de los sistemas continentales, y más aun si esto se confronta en particular con el sistema norteamericano, donde la libertad de expresión prevalece siempre en términos generales) conducen irremediabilmente a potenciales soluciones contradictorias en función del tribunal que conoce y, consecuentemente, del Derecho aplicable para resolver. Esto supone que potencialmente incluso dentro del sistema uniforme comunitario de reconocimiento entre Estados miembros no existen garantías de que la eventual sentencia recaída en este tipo de litigios pueda llegar a producir efectos más allá de la jurisdicción del Estado del tribunal origen (si no resulta compatible con el ordenamiento del tribunal requerido -art. 34.1 RBI/CL-¹⁰⁶²). Ahora bien, la cláusula de orden público consagrada en el primer apartado del art. 34 del RBI debe interpretarse y aplicarse de manera restrictiva, lo que se justifica por su propio tenor literal -“manifiestamente contrario”¹⁰⁶³-; sin que deba confundirse con las leyes policía -al ser conceptos distintos, con diferentes propósitos que cubren distintas clases

¹⁰⁶² Sobre las causas de denegación de reconocimiento de decisiones dentro de la UE previstas en el art. 34 RBI, *vid.* S. Francq, “Chapter III, Recognition and enforcement: Section 1. Recognition (art. 34)” en U. Magnus, P. Mankowski (eds.), *European commentaries ...*, *ob. cit.*, pp. 644-697, en particular respecto de la incidencia del orden público sustantivo, pp. 657-667.

¹⁰⁶³ Para que el orden público internacional pueda ser alegado como causa de denegación del reconocimiento dentro del sistema comunitario es necesario que el reconocimiento o la ejecución de la decisión sea manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido (*Commission Proposal COM (1999) 348 final* p.21), lo que exige que evalúe la intensidad de la conexión entre la situación y el foro.

de principios¹⁰⁶⁴. No obstante, dado que se trata de derechos fundamentales -derechos de la personalidad y libertades de expresión e información- cuya tutela se deriva típicamente de los textos fundamentales en los sistemas nacionales, su integración en el orden público y, su consecuente utilización por el tribunal requerido de conformidad con el art. 34.1, está prácticamente asegurada. Si bien, y en cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que los derechos de la personalidad están condicionados por factores de carácter social y temporal –además del propio comportamiento de su titular, que delimita su alcance-, lo que incide directamente en el posible recurso al orden público por el foro requerido como causa de denegación del reconocimiento¹⁰⁶⁵.

A todo lo anterior ha de añadirse que este potencial peligro –que se traduciría en la limitación de los efectos de las resoluciones judiciales en esta materia estrictamente a las jurisdicciones que las adoptan, incluso dentro de la UE- no parece que vaya a desaparecer a corto plazo¹⁰⁶⁶. Y esto es, por un lado, resultado de la falta de

¹⁰⁶⁴ Los principios protegidos por el orden público son más fundamentales que aquellas políticas legislativas protegidas por las leyes policía. Cf. S. Francq, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruselas, 2005, pp. 35, 553 y 607.

¹⁰⁶⁵ Toda vez que se trata de una noción doméstica, el orden público seguirá la evolución de la concepción nacional y se tendrá en consideración el factor tiempo en el momento en el que el reconocimiento es solicitado. De tal manera que sólo podrá aplicarse es causa cuando la decisión sea contraria manifiestamente al orden público internacional en el momento de su reconocimiento -no en el pasado-. Además, el orden público que tiene relevancia a los efectos del art. 34.1 RBI es el orden público internacional, de tal manera que es un concepto más restringido que el propiamente nacional, ya que no cubre todos las reglas internas de orden público sino únicamente los principios y valores que no pueden ser derogados, incluso para situaciones que presente elemento internacionales, principios que deben identificarse claramente (*Report Jenard* p. 44). Así, la jurisprudencia nacional debe distinguir claramente entre orden público nacional e internacional para poder denegar el reconocimiento dentro de la UE.

¹⁰⁶⁶ Aunque deba interpretarse de manera restrictiva el orden público internacional como causa de denegación del reconocimiento. Sobre la interpretación restrictiva de esta noción en el RBI *vid.* S. Francq, “Chapter III, Recognition...”, *loc. cit.*, pp. 658-659. En esta materia particular resulta de gran relevancia este carácter restrictivo en atención a la vigencia social y temporal de los derechos en juego. Además, según ha establecido el TJUE a pesar de ser un concepto nacional debe incluir los principios del Derecho comunitario -los cuales pertenecen o integran el orden público europeo- (asunto *Renault SA v. Maxicar SpA and Orazio Formento*, C-38/98, 2000 ECR I-2973, ap. 32). Estos conceptos son definidos progresivamente por el Tribunal de Justicia y, en consecuencia, no varían de un Estado a otro. En definitiva, el concepto orden público dentro del sistema RBI está configurado por conceptos nacionales y comunitarios (tanto en su aspecto procesal como sustantivo, siendo éste último el que ahora se refiere).

armonización desde la perspectiva comunitaria del sector del Derecho aplicable -no sólo sustantiva¹⁰⁶⁷ sino también conflictual de la materia- y, por otro, de la situación actual y previsiblemente futura del régimen reconocimiento del RBI para estas resoluciones -que mantiene esta situación de inseguridad-. A pesar de que en la posible futura redacción del RBI (en atención a la revisión propuesta por la Comisión de este instrumento¹⁰⁶⁸) se prevé la abolición del *exequátur* dentro del mercado interior¹⁰⁶⁹ se exceptúa expresamente de aquella las resoluciones dictadas en casos de difamación¹⁰⁷⁰.

B) Tratamiento de los daños punitivos

22. Desde el principio muchos países europeos han rechazado el reconocimiento y ejecución de las sentencias americanas cuando éstas establecían daños punitivos (*punitive damages*)¹⁰⁷¹ -acudiendo al orden público¹⁰⁷²- si bien esta tendencia está

Véase toda la jurisprudencia europea referida en S. Francq, “art. 34”, *loc. cit.*, notas pie nº 20-32.

¹⁰⁶⁷ Si bien la pertenencia al CEDH de la generalidad de Estados miembros UE, permite hablar de ciertas similitudes básicas sustantivas en la reglamentación de los derechos en pugna entre los Estados.

¹⁰⁶⁸ *Vid.* Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *loc. cit.*

¹⁰⁶⁹ *Vid.* Capítulo III, Sección I de la Propuesta.

¹⁰⁷⁰ Las resoluciones recaídas en litigios sobre violación de los derechos de la personalidad, y en particular en los casos de difamación, por los medios de comunicación se excluye expresamente esta posibilidad según el nuevo tenor literal del art. 37.3º a) RBI propuesto

¹⁰⁷¹ Respecto del origen y evolución de esta figura particular de daños y su tratamiento desde la perspectiva comparada de los sistemas del *Common Law* y del *Civil Law*, en el marco general del sector de la responsabilidad extracontractual, *vid.* P. salvador Coderch, “Punitive damages”, *loc. cit.*; B. A. Koch, “Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives”, *en Tort and Insurance Law*, nº 25, Vienna/New York, 2009, pp. 197- 209. Y en particular dentro de las obligaciones extracontractuales las derivadas de la lesión de los DPI –si bien desde la perspectiva de la anterior versión de los principios CLIP-, *vid.* P. A. de Miguel Asensio, “Recognition and enforcement...”, *loc. cit.*

¹⁰⁷² Como causa de denegación del reconocimiento que está presente tanto en el sistema comunitario (art. 34.1º RBI) y su paralelo el sistema Lugano (art. 34.1º CL), como en la generalidad de sistemas de competencia de fuente interna (por ejemplo en el Derecho español, según el art. 954.4º LEC 1881; o más específicamente en el sistema alemán tras la entrada en vigor de la Ley de DIPr en materia de relaciones obligatorias extracontractuales y de relaciones reales -*Gesetz zum Internationalem Privatrecht für ausserverträgliche Schuldverhältnisse*, BGBl I, 1026-, que incorporó el nuevo art. 40 III EGBG –reserva a las reglas generales sobre Derecho de daños- según la cual las pretensiones ejercitadas de conformidad con una ley extranjera no podrán superar esencialmente lo que venga exigido por

cambiando cada vez más. Los daños punitivos son un término importante en todo el sector de responsabilidad extracontractual, pues no es exclusivo de los litigios sobre lesiones de los derechos de la personalidad –en particular en supuestos de difamación-. La distinta aproximación que existe respecto de la función que deben cumplir los daños en el contexto de la responsabilidad civil extracontractual justificaría – en principio- esta reticencia por parte de los sistemas pertenecientes al *civil law* –postura ésta que también se acoge por ciertos sistemas del *common law* como el inglés que en el ámbito civil han eliminado totalmente este tipo de daños¹⁰⁷³-. En términos generales, los daños punitivos buscan castigar, enseñar (al eventual responsable) y persuadir (a futuros potenciales responsables)¹⁰⁷⁴, mientras que en los procedimientos civiles en los sistemas del *civil law* no puede –por lo general- imponerse sanciones al demandado, de tal manera que la indemnización a la que se le condena a pagar es esencialmente compensatoria del daño causado¹⁰⁷⁵. En este sentido, los daños punitivos no resultan

resarcimiento adecuado de la víctima por el Derecho del foro ni tampoco pueden “servir manifiestamente a fines distintos” a los del resarcimiento (al respecto véase la doctrina alemana referida en P. Salvador Coderch, “Punitive Damages”, *loc. cit.* en p- 3). Por poner algunos ejemplos de jurisprudencia nacional europea que han denegado el reconocimiento con base en el orden público por los *punitive damages*: desde la perspectiva alemana, véase German Federal Court of Justice (BGH) judgment of June 4, 1992, BGHZ 118, 312 (327); en términos similares Italia, véase asunto Parrot v. Fimez S.p.a., Corte d'appello di Venezia, sez. trez, 15 Jan. 1995, n.0319, Giur. It. 1995 I.1,132. Esta y otra jurisprudencia y en general respecto del posible recurso al orden público para evitar el reconocimiento de resoluciones judiciales que reconozcan daños punitivos –desde una comparativa nacional y comunitaria- véase de. E. Rodriguez Pineau, “Punitive damages y orden público ¿comunitario?, *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor D. Julio González Campos*, T. II, Madrid, 2005, pp. 1741-1764.

¹⁰⁷³ De tal manera que se trata de una figura paradigmáticamente norteamericana. No obstante, en el sistema inglés los *punitive damages* no se descartan completamente para el ámbito penal, para suplir las lagunas que el Derecho penal deja en muchos ámbitos. Al respecto, se ha llegado a presentar un informe de la *Law Commission* sobre indemnizaciones por daños y perjuicios ejemplares y graves (*Law Commission's Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, Item 2 of the Sixth Programme of Law Reform: Damages*, http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc247_aggravated_exemplary_and_restitutionary_damages.pdf), que precisamente aboga por su posible aplicación exclusivamente por un juez –nunca por un jurado-. Vid. P. Salvador Coderch, “Punitive Damages”, *loc. cit.* p. 6.

¹⁰⁷⁴ Lo que equivale a las funciones preventiva, sancionadora y simbólica (*cf. ibid.* p. 14).

¹⁰⁷⁵ No obstante, la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros permiten en determinados supuestos de responsabilidad extracontractual el reconocimiento de daños superiores a los meramente compensatorios. Ahora bien, este tipo de daños no son punitivos puesto

admisibles porque suponen una pena privada que se impone en un proceso civil al agente causante—doloso o gravemente negligente— de un daño, que se traduce en un importe muy superior a la indemnización puramente compensatoria¹⁰⁷⁶.

En cualquier caso el carácter de los daños —*punitive*— no siempre es la causa de denegación de reconocimiento de este tipo de decisiones extranjeras, pues existe una tendencia cada vez más generalizada por los tribunales nacionales europeos de admitir este tipo de resoluciones si los importes que se recogen como debidos por el ejecutado son equiparables a los que según la ley nacional del foro —Estado requerido— corresponderían para ese tipo de obligación extracontractual en cuestión —con independencia de la terminología utilizada para designar los daños¹⁰⁷⁷, aunque también

que se diferencian de estos últimos fundamentalmente por la instancia que los admite —estatal muy centralizada en los casos de los Estados del *civil law*— y en la existencia de límites de cuantía que no se prevén en los daños punitivos —lo que permitiría establecer ciertos paralelismos con los múltiples damages como subclase de los *punitive damages* en el sistema norteamericano. En cualquier caso, los daños punitivos no deben confundirse con los *Restitutionary damages* previstos en el sistema inglés, cuyo objeto son las ganancias, en consecuencia, excluyen la indemnización compensatoria y, a diferencia de los daños punitivos, no se conceden si no hubo beneficio; y del mismo modo deben diferenciarse de los *Aggravated damages*, que lo que tratan es de compensar a la víctima de la “angustia mental” (*mental distress*) derivada de las especiales circunstancias en las que el daño fue causado o por comportamiento subsiguiente del dañador. En relación con la práctica española, alemana, francesa e inglesa en la admisión de daños superiores a los meramente compensatorios, así como sus paralelismos con los *multiple damages* norteamericanos, véase P. Salvador Coderch, “Punitive Damages”, *loc. cit.*, pp. 3-5. En este sentido resulta relevante hacer referencia en esta materia a la sentencia del Tribunal Supremo federal alemán (*Bundesgerichtshof*), de 15 de noviembre de 1994 (BGHZ 128, 1 y ss.), asunto *Carolina de Mónaco*, por la publicación de una entrevista falsa. En esta resolución se determinó que para establecer el *quantum* indemnizatorio por la lesión del derecho general de la personalidad hay que tener en consideración no sólo los aspectos de la compensación y satisfacción del perjudicado sino también los de prevención —de tal manera que podían superar la estimación del daño causado. *Vid.* P. Salvador Coderch y P., M. T. Castiñeira Palou, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, 1997, p. 171.

¹⁰⁷⁶ *Vid.* P. Salvador Coderch, “Punitive Damages”, *loc. cit.*, p. 3.

¹⁰⁷⁷ De tal manera que si la función preventiva y simbólica también presentes en los sistemas del civil law —como así atestigua la doctrina continental— se cumple con esos daños reconocidos sin que ese elemento sancionador exceda con mucho lo previsto en el ordenamiento del foro, debería concederse el reconocimiento y ejecución de la decisión judicial. En este sentido se pronuncia P. Salvador Coderch (*vid.* “Punitive Damages”, *loc. cit.*, p. 14). Y esta proximación es la que tuvo en consideración el TS en su Auto de fecha 13 de noviembre de 2001 (ROJ: ATS 1803/2001), por la que se concede el exequatur de

pueden encontrarse recientes excepciones¹⁰⁷⁸. Además, esta tendencia de flexibilización de la cuestión a la hora de reconocer las decisiones extranjeras que contengan pronunciamientos sobre daños no compensatorios o punitivos también se observa en los textos internacionales, como es el caso del Convenio de la Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro¹⁰⁷⁹, en el que expresamente se establece que las resoluciones que otorgan una indemnización por daños y perjuicios, incluyendo los daños no compensatorios o punitivos, deben ser, asimismo, reconocidas y ejecutadas según el Convenio. Además, su art. 11 permite -pero no impone obligación alguna de- rechazar el reconocimiento y la ejecución de la parte no compensatoria de la resolución¹⁰⁸⁰.

una resolución norteamericana (dictada por el Tribunal federal de 1ª Instancia para el Distrito Sur de Texas, Sala de Houston- contra una mercantil española por uso indebido de propiedad intelectual y violación de marca registrada y competencia desleal, a pesar de que se recogían en dicha resolución daños punitivos contra el ejecutado. Se considera por el TS que aunque se trata de una figura desconocida para nuestro ordenamiento jurídico esto no es suficiente *per se* para denegar el reconocimiento con base en el orden público (material), sino que lo esencial es si esa figura desconocida puede o no convivir “armónicamente con las que éste contempla y regula” (FJ 9º). Y si bien la función sancionadora de la figura sin una finalidad estrictamente reparatoria y reparadora podría chocar con las previsiones del sistema español, dado que el quantum indemnizatorio en este caso se realizó teniendo en consideración la intencionalidad de la conducta del infractor y su gravedad –elementos esenciales en la ley del foro para realizar esa operación- se considera que es compatible con el foro.

¹⁰⁷⁸ En este sentido puede referirse la decisión de la *District Court in Warsaw*, VII Civil Department of August 12, 2011 (case VII Co 300/10 *sustained by the decision of the Court of Appeal in Warsaw*, I Civil Department of January 26, 2012, case I ACz 2059/11), por la que se deniega el reconocimiento de un sentencia recaída en un procedimiento sobre difamación en el *Circuit Court of Cook County, State of Illinois* en 2006, debido a los *punitive damages*. Un análisis particular de esta sentencia puede verse en J. Balcarczyk, “Recognition of Overseas...”, *loc. cit.*

¹⁰⁷⁹ Texto disponible en la página web de la Conferencia de La Haya <http://www.hcch.net> > Conventions > Internacional Legal Co-operation > Choice of Court Agreements (2005) [37]. De hecho se toma como referencia este texto internacional por parte de la doctrina americana para justificar el posible reconocimiento de las decisiones americanas más allá de su jurisdicción cuando estas contengan menciones a los daños punitivos. En este sentido, puede verse R. A. Brand, “Punitive damages revisited...”, *loc. cit.*, pp. 181-196.

¹⁰⁸⁰ En este sentido el régimen previsto beneficia tanto a la víctima como al potencial demandado. Respecto de la víctima ya que la parte compensatoria debe en cualquier caso ejecutarse, a diferencia de lo que ocurre en algunos sistemas legales que rechazan totalmente la ejecución de la resolución si ésta impone en parte daños punitivos (o no compensatorios). Y desde la perspectiva del demandado porque es posible en algunos sistemas jurídicos nacionales ejecutar la totalidad de la resolución incluyendo la parte no compensatoria. *Vid.* la reseña sobre este convenio realizada en el seno

23. En definitiva, el tipo de daños objeto de ejecución no es en la actualidad la principal causa de denegación del reconocimiento de sentencias extranjeras –al menos en la generalidad de Estados europeos-, sino que el elemento o factor determinante es si la tutela que da la decisión a los derechos fundamentales en juego¹⁰⁸¹ es o no coincidente –o al menos compatible- con el tratamiento que se da en el foro. Esto enlaza con la anterior de las cuestiones: el orden público como causa de denegación del reconocimiento en función de la tutela que se profese a los derechos fundamentales en pugna (derechos de la personalidad y libertad de expresión e información) el ordenamiento foro –lo que incide directamente en el carácter lícito o ilícito de la conducta sancionada y que se pretende ejecutar-.

3.-) Alcance territorial de las medidas: especial referencia a las órdenes de cesación

24. Necesariamente en relación con el reconocimiento de decisiones en esta materia tan sensible ha de mencionarse importante cuestión de la eficacia territorial de las medidas adoptadas en estos litigios en relación con actividades transfronterizas –con especial referencia a la orden de cesación-. Cuando el medio utilizado para la perpetración de daño a los derechos de la personalidad es el virtual –por publicación y difusión de contenidos o informaciones controvertidas del titular- las medidas de cesación/prohibición tienen gran relevancia para la presunta víctima. Si se quiere evitar problemas en relación con las acciones de cesación de actividades ilícitas transfronterizas –como son potencialmente por definición aquellas desarrolladas en Internet- lo ideal sería ejercitar dichas acciones en el lugar donde se desarrolla la actividad que se quiere cesar y aplicar el Derecho de aquel Estado. Pero en la práctica esto no es así fundamentalmente debido a que –como ya se anticipó- este tipo de acciones tiene el mismo tratamiento que la acción resarcitoria (en el sistema de DIPr

de la Conferencia de la Haya de DIPr <http://www.hcch.net/upload/outline37s.pdf>. En términos similares el proyecto nunca materializado del Convenio de la Haya sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil –redacción provisional de 30 de octubre de 1999-.

¹⁰⁸¹ Lo que vendrá determinado por el Derecho que se haya aplicado al fondo del asunto para resolver, e incluso en función de la ley del foro del Estado del tribunal de origen –o en su caso institucionales-. *Vid.* Cap. V apartado V. Orden público y normas internacionalmente imperativas.

comunitario y en la mayoría de sistemas de fuente interna¹⁰⁸²), si bien, es muy habitual que en estos casos estas acciones se ejerciten frente a sujetos distintos de los que serían en caso de acción indemnizatoria¹⁰⁸³. Este tratamiento conjunto conlleva problemas a la hora de llevar a cabo la eventual ejecución forzosa de la medida, en especial en esta materia por la tan dispar concepción que de los derechos en juego se tiene por los sistemas nacionales –lo que puede traducirse en que una actividad que en el Estado de origen es ilícita y en consecuencia se sanciona en la decisión que se pretende ejecutar no lo sea en el Estado requerido-.

La posibilidad de reconocimiento de las medidas de cesación transfronterizas en otro Estado miembro a la luz del Derecho comunitario actual (sistema RBI) se puede realizar tanto respecto de aquellas que tiene carácter definitivo como aquellas provisionales o cautelares, y estas últimas ya sean adoptadas sobre la base del art. 31¹⁰⁸⁴

¹⁰⁸² En la aplicación de las normas de competencia judicial internacional, de Derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras.

¹⁰⁸³ En particular, la acción resarcitoria se ejercita frente al presunto responsable material de los contenidos o informaciones publicadas en la red (autor o sujeto que eventualmente pudiera responder de manera solidaria como el autor –si así lo prevé el Derecho aplicable a la responsabilidad-, por ejemplo cuando se trate de medios de comunicación digitales generalmente el editor del medio responderá en los mismos términos que el autor de la información), mientras que la acción de cesación se puede dirigir frente a los prestadores de servicios *online* de intermediación (aunque no incurran en responsabilidad alguna por los contenidos alojados en su servidor, publicados por sus usuarios, etc.).

¹⁰⁸⁴ Ahora bien, partiendo de que el cumplimiento forzoso de las decisiones judiciales sobre cesación de actividades es de carácter indirecto –pues generalmente son actividades personalísimas que tienen que realizar el ejecutado por lo que la forma de obligarle es mediante la imposición de multas coercitivas, es posible que la ejecución de esas multas coercitivas no coincida con el Estado para el que se ordena la prohibición y/o cesación de la actividad. De tal manera que si se deniega su reconocimiento y ejecución de la medida más allá del territorio del foro si fue adoptada con base en el art. 31 RBI (según la propuesta de revisión del RBI que limita estrictamente su carácter territorial), esto podría suponer una interpretación más amplia del criterio de conexión exigido para el uso del art. 31 RBI (entre la medida y el foro, típicamente por el lugar de ejecución). Y en este sentido podría admitirse las medidas cautelares dictadas por los tribunales del domicilio del obligado o, al menos, donde posea bienes sobre los que puedan ejecutarse las multas impuestas, al margen del ámbito territorial para el que se haya ordenado la cesación. A favor de esta eventual posibilidad *vid.* P. Jiménez Blanco, “Acciones de cesación...”, *loc. cit.*, párr. 26 (nota nº 85). En contra, M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil...*, *op. cit.*, pp. 347-348, que entienden como “lugar de ejecución” a los efectos del art. 31 de Bruselas I el Estado para cuyo ámbito se quiere ordenar la cesación.

o por el tribunal competente sobre fondo¹⁰⁸⁵. Esta aproximación con la revisión del RBI va a cambiar, ya que de conformidad con el art. 2 a) de la Propuesta de la Comisión se restringe la posibilidad de ejecución de las medidas transfronterizas provisionales exclusivamente a aquellas adoptadas por los tribunales con competencia para conocer del fondo del asunto¹⁰⁸⁶. La justificación para ello podría encontrarse en la propuesta de eliminación del exequátur para conseguir la libre circulación de decisiones -en materia civil y mercantil- dentro de la UE, ahora bien, esta abolición del exequátur se realiza con excepción de las decisiones en supuestos de difamación o lesiones a los derechos de la personalidad en general. En consecuencia, en este tipo de litigios no estaría en este sentido quizá justificada esta restricción al recurso del reconocimiento y ejecución dentro de la UE. Más aún cuando al margen de la eventual posibilidad de que se pudiera reconocer las medidas recaídas en estos casos -provisionales o definitivas, adoptadas por el fuero cautelar o del fondo del asunto- bajo el sistema RBI, la especial de la materia dificulta su efectiva ejecución dentro del territorio comunitario -fundamentalmente por la incidencia del orden público como motivo de denegación del reconocimiento-.

25. Típicamente, este tipo de medidas en la práctica solo van a tener eficacia dentro de la jurisdicción de los tribunales que las adoptan, ya que fuera de su territorio deberán someterse a un reconocimiento que sólo se producirá si el sistema del tribunal requerido otorga una protección similar, o al menos igual de tuitiva, a los derechos de la personalidad en detrimento de la libertad de expresión. Esto, por ejemplo, es impensable desde la óptica del sistema norteamericano –donde tienen su establecimiento la mayoría de intermediarios o prestadores de servicios *online* a los que se va a dirigir la acción de cesación¹⁰⁸⁷-. En consecuencia, difícilmente se va a poder controlar las expresiones que

¹⁰⁸⁵ Vid., STJUE de 27 de abril de 1999, *Mietz v. Intership Yachting Sneek BV*, loc. cit., párrafos 51–56; STJUE de 6 de junio de 2002, C-80/00 (*Italian Leather*), E. C. R. 2002, I-4995, apartados 39 y 41. Y entre la doctrina A. Dickinson, "Provisional Measures...", loc. cit., p. 212 y G. Cuniberti: "La ejecución de las medidas provisionales y cautelares extranjeras en materia civil y mercantil en Europa", *La Ley*, N° 7601, 31 Mar. 2011.

¹⁰⁸⁶ Respecto del tratamiento del reconocimiento y ejecución de las medidas provisionales o cautelares en el sistema RBI a la luz de la Propuesta de la Comisión vid. C. Heinze "Choice of Court...", loc. cit., pp. 614- 618.

¹⁰⁸⁷ Como ocurre en el caso de Twitter –y de la mayoría de las redes sociales más famosas entre los usuarios.

se vierten en la red cuando los sujetos a los que se dirigen estas órdenes o medidas judiciales tienen sede en EEUU, tal y como revela la jurisprudencia norteamericana. Dan muestra de ello la práctica jurisprudencial de los tribunales de Nueva York y California que, en aplicación de sus leyes de protección de la libertad de expresión (frente a acciones de difamación resueltas en tribunales extranjeros: *Libel Terrorism Protection Act* de 2008 y *California's Libel Tourism Act* de 2010, respectivamente), han denegado el reconocimiento y posterior ejecución de este tipo de medidas –por ser incompatibles con la Primera Enmienda-. Por ejemplo, en lo que se refiere al Estado de California, puede traerse a colación la Sentencia de un Tribunal Federal de California, dictada en el asunto *Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre le Racisme et L'Antisemitisme*¹⁰⁸⁸, que trae causa de un asunto seguido ante la jurisdicción francesa (*LICRA v. Yahoo*¹⁰⁸⁹). El tribunal Federal sostuvo que la orden del Tribunal francés por la que se impedía que *Yahoo* vendiera objetos de interés Nazi, no podía hacerse cumplir forzosamente ante los tribunales norteamericanos sin que se violase la Primera Enmienda. Aunque tras varios recursos finalmente la Corte de Apelación ha desestimado el caso por motivos de jurisdicción¹⁰⁹⁰.

26. Entre las medidas más relevantes para la tutela de los derechos de la personalidad, especial mención merecen las ya referidas *super injunctions* inglesas, en particular en lo que respecta a su eficacia en relación con los prestadores de servicios *online* domiciliados en EEUU. Ante la situación actual, difícilmente podrá hacerse cumplir este tipo de órdenes británicas más allá de sus fronteras. Todo ello se traduce en que de manera voluntaria los prestadores de servicios *on line* e intermediarios domiciliados en EEUU no van a acatar las medidas u órdenes emitidas por tribunales extranjeros -en general, y por los tribunales ingleses, en particular¹⁰⁹¹-. No obstante, el

¹⁰⁸⁸ *Yahoo!, Inc. v. La Ligue Contre le Racisme et L'Antisemitisme*, 169 F. Supp. 2d 1181, 1192 (N.D. Cal. 2001), rev'd en banc on other grounds, 433 F.3d 1199 (9th Cir. 2006) (en banc), cert. denied, 547 U.S. 1163 (2006)

¹⁰⁸⁹ *Loc. cit.*

¹⁰⁹⁰ 433 F.3d 1199 (9th Cir. 2006) (en banc), cert. denied, 547 U.S. 1163 (2006).

¹⁰⁹¹ Lo que aplicado al asunto referido anteriormente de la *super injunction* británica dirigida frente a la red social *Twitter*, previsiblemente por parte de ésta -de forma voluntaria- no se espera que vaya a acatar la orden de identificación de sus usuarios y, forzosamente, hay pocas o ninguna posibilidad de que los tribunales californianos o de Nueva York vayan a reconocer eficacia alguna a este tipo de resolución contra la red social

panorama puede cambiar en el momento en que estos prestadores de servicios abran oficinas o establecimientos de algún tipo en alguno de los Estados miembros. Con una oficina -o filial con oficina- en territorio comunitario el ISP en cuestión no podrá eludir el cumplimiento de la medida, puesto que esa “sede” abriría la puerta a la competencia de los tribunales de ese Estado comunitario para conocer: pudiendo adoptar esta medida bien sobre la base del art. 31 RBI, bien directamente desde el fuero del 5.3º RBI¹⁰⁹² -sin tener que recurrir al reconocimiento-. Con todo ello, cabe prever que las empresas americanas de Internet (prestadores de servicios de toda índole) cada vez van a ser más vulnerables frente a las órdenes judiciales y sentencias extranjeras, especialmente aquellas que expandan sus actividades y su presencia física más allá de la jurisdicción americana¹⁰⁹³. Y esa vulnerabilidad podría alcanzar también a los usuarios de estas empresas -de EEUU o de cualquier parte del mundo- pudiendo resultar su comportamiento en la red condicionado por resoluciones judiciales que pueden no tener el mismo respecto a la libertad de expresión que el garantizado por los tribunales americanos a la luz de la Primera Enmienda.

4º.-) La revisión del RBI y la evolución del marco europeo

27. Como ya se ha adelantado, en la Propuesta de revisión del RBI la iniciativa sobre la eliminación del exequátur dentro de la UE para la resoluciones dictadas por los Estados miembros en materias civil y mercantil -dentro del ámbito de aplicación de este instrumento comunitario- no se extiende a aquellas resoluciones dictadas en litigios sobre difamación -y cualquiera otros sobre derechos de la personalidad-. La justificación en la que se funda dicha exclusión en la Propuesta principalmente se encuentra en las importantes divergencias de aproximación que se dan entre los Estados miembros a la hora de concretar cómo asegurar los distintos derechos

¹⁰⁹² En el caso de *Twitter* hay noticias que en breve abrirán una oficina en Inglaterra, por lo que Twitter ya no podría eludir el cumplimiento de una orden judicial inglesa. Ya que los tribunales ingleses tendrían reconocida competencia para conocer directamente de la medida a la luz del sistema RBI. Por ello, podría aventurarse que es posible que ante la próxima apertura de oficinas en Reino Unido esta red social se atenga al cumplimiento de esta orden -principalmente por política corporativa y de relaciones públicas-.

¹⁰⁹³ Puede establecerse al respecto cierto paralelismo con lo que ocurre en China con las empresas de Internet, incluida *Google*, que quieren actuar desde el país asiático, que tarde o temprano dadas las restricciones impuestas terminan marchándose del país.

fundamentales afectados en estos casos (la dignidad de la persona, el respeto a la vida privada y familiar, los datos personales y la libertad de expresión y de información). Estas divergencias unidas a la ausencia de armonización del sistema conflictual a nivel comunitario en la materia¹⁰⁹⁴, han llevado a la Comisión a considerar que no existe el nivel de confianza requerido entre los sistemas jurídicos de los Estados UE en la materia para que se elimine todo procedimiento de “nacionalización” u “homologación” de sentencias (aunque el tribunal de origen sea un Estado miembro). De lo anterior resulta que se prefiera conservar temporalmente el procedimiento de exequátur para los litigios sobre difamación -y el resto de lesiones a los derechos de la personalidad-, en principio hasta que se dé una mayor aproximación tanto en lo que se refiere a los Derechos sustantivos nacionales como a las normas de conflicto aplicables en esta materia¹⁰⁹⁵.

La argumentación esgrimida para la exclusión de la materia constituye en sí mismo un círculo vicioso. No se armoniza una norma de conflicto -sin que existan razones de carácter técnico-jurídico que lo justifique- y a continuación se utiliza este argumento de la ausencia de armonización para eliminar de la propuesta de supresión del exequátur estas decisiones -manteniéndose el sistema actual de circulación de resoluciones en el ámbito comunitario, en principio, más gravoso-¹⁰⁹⁶. Pero al margen de la falta de lógica jurídica de este argumento, éste tampoco se sostiene desde el punto de vista que en el actual sistema de eficacia extraterritorial de decisiones en la UE, ni en los supuestos de difamación o derechos de la personalidad ni en el resto de materias se puede controlar el Derecho aplicado. En consecuencia, sino es posible el control del Derecho aplicado -ni en la versión actualmente en vigor ni en el texto proyectado- por estar prohibida esa revisión y, por su puesto, no se admite el control

¹⁰⁹⁴ Por exclusión expresa del ámbito material de aplicación del RRII (art. 1.2 g).

¹⁰⁹⁵ La postura institucional que en este sector de daños se ha mantenido desde el principio –dejándolo al margen del RRII y ahora de la supresión del exequátur en la propuesta de modificación de RRI- puede resultar sorprendente al menos en lo que respecta a los argumentos referidos para ello. Ciertamente si se parte de que en Europa existen instrumentos internacionales comunes en materia de derechos humanos que limitan obligatoriamente la diversidad de criterios entre los Estados miembros en esta materia (aunque resulta claro que no es suficiente). En particular, el mantenimiento del exequátur en estos casos podría considerarse que tiene beneficiarios claros: los medios de comunicación -que son generalmente la parte demandada en este tipo de litigios.

¹⁰⁹⁶ Vid. E. Torralba Mendiola, “La difamación...”, *loc.cit.*, pp. 9-10

de la norma de conflicto utilizada por el tribunal de origen y su correcta aplicación, la falta de armonización en la norma de conflicto no es una argumentación válida para mantener el exequátur¹⁰⁹⁷.

Cabría, no obstante, otra posible causa para la evitar la supresión del exequátur a esta materia: que esta supresión implica también la supresión del control del orden público. En este sentido, el tribunal requerido no podría verificar si la decisión judicial -de otro Estado miembro- que se pretende hacer valer en su territorio respeta o no los principios esenciales de su ordenamiento jurídico. Ahora bien, esto es predicable no sólo respecto de la difamación y demás derechos de la personalidad sino de todas las resoluciones que puedan afectar a derechos fundamentales. Por lo que este argumento sería extensible y eliminaría la posibilidad de suprimir el exequátur en todos los casos en los que pudieran resultar implicados derechos fundamentales¹⁰⁹⁸.

28. La eliminación del exequátur propuesta supondría la ejecución automática de las resoluciones de los tribunales de los Estados miembros en todo el mercado interior¹⁰⁹⁹ (salvo circunstancias excepcionales que podría alegar el ejecutado para evitar dicha ejecución, entre las que no se encuentra el control material que supone – hasta ahora- el orden público como causa de denegación¹¹⁰⁰). Pese a las evidentes ventajas que esta aproximación supondría en todas aquellas materias reglamentadas por el RBI, incluidas las lesiones a los derechos de la personalidad, parece que si se materializa esta revisión del Reglamento en los términos previstos en la Propuesta, finalmente no podrán beneficiarse de esta exención de procedimiento las decisiones recaídas en estos casos. En consecuencia, en este tipo de litigios tal y como está la

¹⁰⁹⁷ Para E. Torralba Mendiola el control que se hace del contenido de la decisiones adoptadas en esta materia no encuentra “acomodo” en las reglas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en el sistema RBI. Cf. E. Torralba Mendiola, “La difamación...”, *loc. cit.*, p. 33

¹⁰⁹⁸ Cf. *Ibidem*.

¹⁰⁹⁹ Sentencias en materia civil y comercial dictadas por un tribunal en un Estado miembro al amparo del RBI.

¹¹⁰⁰ Que pueden resumirse en tres: sentencias dictadas en rebeldía del demandado, deficiencias procesales que incidieron en el ejercicio adecuado del derecho de defensa y tutela judicial efectiva del demandado en el Estado de origen, o cuando la resolución fuera inconciliable con otra resolución dictada en el Estado miembro de ejecución o —si se cumplen ciertas condiciones— en otro país (ap. 3.1.1. I de la Propuesta).

normativa actualmente -y como previsiblemente va a continuar- previa a la ejecución forzosa de las decisiones judiciales recaídas entre los Estados miembros es necesario que aquella deba pasar un procedimiento de homologación en el Estado requerido para que pueda declararse la ejecutividad del título (el procedimiento exequátur). Este procedimiento se traduce en la práctica en que será posible un particular control material del Derecho sustantivo extranjero aplicado por el tribunal de origen por parte del tribunal del Estado requerido¹¹⁰¹, a través del recurso al orden público. El control de facto del Derecho extranjero aplicable esta materia tan sensible es posible, aunque éste no se recoge como causa directa de denegación del reconocimiento en el art. 34 del RBI¹¹⁰² y se impida expresamente en el art. 36¹¹⁰³, pues de hecho este control previsiblemente sí se va a realizar en parte a través del recurso al orden público internacional por el tribunal requerido. A través de este motivo de denegación se abre potencialmente la puerta al tribunal requerido a un posible nuevo enjuiciamiento -de

¹¹⁰¹ A pesar de que el art. 36 RBI (y en relación con la ejecución el art. 45) impide que el tribunal del Estado requerido realice una revisión de fondo de la resolución judicial extranjera. En este sentido, el sistema de reconocimiento del Reglamento en principio sigue un control de requisitos procesales y no un reconocimiento de revisión. Pero en esta materia, aunque las apreciaciones de hecho y de Derecho realizadas por el tribunal de origen son intocables en esta fase (de reconocimiento por el Estado requerido) ya que la ilicitud del comportamiento que se sanciona en la decisión judicial viene determinada por la reglamentación que de los conflictos entre los derechos fundamentales en pugna resulte del Derecho material aplicable por el tribunal de origen, si en el ordenamiento jurídico del Estado requerido no coincide esa solución no reconocerá la decisión -precisamente por el carácter fundamental de los derechos implicados-. En consecuencia, para ver si esa solución es o no compatible con los principios y valores esencial en el ordenamiento del Estado requerido -entre los que se encuentra la reglamentación sobre los derechos fundamentales-, el tribunal necesariamente hará una revisión de “fondo” de la decisión judicial extranjera.

¹¹⁰² Y la interpretación del orden público como causa de denegación se exija como restringida, y en este sentido, se impida su utilización como una vía para controlar la ley aplicada.

¹¹⁰³ Y en este sentido se interpretó en predecesor del RBI (CB 68) en el *Informe Jenard* al afirmar que: “El juez ante el que se invoca el reconocimiento de una resolución extranjera no puede apreciar si la resolución se ajusta derecho...”, “... no puede sustituir con su voluntad la voluntad del juez extranjero ni denegar el reconocimiento si considera que se ha juzgado mal cualquier punto de hecho o de derecho”. Sin embargo, dada la dificultad que existe a la hora de distinguir entre lo que es revisión y lo que es el control de las condiciones -entre ellas el orden público- de la decisión, parece que se permitiera una limitada revisión extensible únicamente para el control de esas condiciones exigidas para la regularidad de la resolución extranjera. Esta aproximación más laxa es la que se recoge en la STJUE de 25 de julio de 1982, en el asunto C-228/81, caso *Pendy Plastics c. Pluspunkt*.

facto- de la cuestión litigiosa, pues no permitirá la homologación de la decisión salvo que se dé una respuesta compatible con los principios y valores esenciales para su ordenamiento jurídico, y aquí se trata de derechos fundamentales -consagrados y tutelados típicamente por las normas fundamentales de los Estados- de tal manera que el recurso al orden público como causa de denegación aquí está prácticamente garantizado. A pesar de que el orden público -como causa de denegación en el sistema RBI- actúa sobre el resultado del proceso, esto es, sobre el efecto que el reconocimiento produce en el ordenamiento jurídico del Estado requerido -y no implica una revisión de fondo-, de hecho para analizar este resultado (esa compatibilidad con el ordenamiento del foro) se va tener en consideración necesariamente la apreciación de los hechos y de Derecho que del caso particular se hizo por el tribunal de origen. Y esto es así porque en este tipo de litigios donde se encuentran en pugna dos derechos de carácter igualmente fundamental en la mayoría de sistemas nacionales no se establece un criterio inamovible que determine la prevalecía de uno respecto del otro, sino que típicamente se establecen una directrices que se basan en ciertas presunciones que son desvirtuables, de lo que se deriva el necesario análisis de los hechos particulares del caso para considerar si en el foro - Estado requerido- la solución alcanzada por la decisión es compatible con la reglamentación que de este tipo de conflictos entre derechos se realiza.

29. Ahora bien, dentro del proceso de homologación que el exequátur supone en el sistema RBI, esa verificación de las condiciones o control de la regularidad de la decisión extranjera -en particular, el orden público como causa de denegación- no se produce hasta una segunda instancia en el Estado requerido¹¹⁰⁴. En consecuencia, es posible que no se produzca finalmente ese control, ya que en el régimen uniforme de reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales dentro de la UE previsto en el RBI, la primera fase del exequátur se desarrolla sin presencia del sujeto que resulta ejecutado (*in auditia parte*)¹¹⁰⁵. En consecuencia, si concurren los presupuestos de

¹¹⁰⁴ Los trámites previstos para el exequátur están establecidos en los arts. 38-56 RBI. *Vid.*, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, *ob. cit.*, pp. 218-222.

¹¹⁰⁵ Esta primera fase se reglamenta en los arts. 38-42 RBI. Aquí pueden distinguirse dos momentos sucesivos: 1º) la presentación de la solicitud por el legitimado (art. 51RBI) y 2º) la concesión o denegación del exequátur. El art. 41 in fine es el que determina que es una fase sin presencia del demandado en el procedimiento de exequátur, por lo que en esta fase no podrá realizar ninguna

reconocimiento exigidos: que se trate de una resolución judicial que recae sobre materias cubiertas por el Reglamento y dictada por un tribunal de un Estado miembro (art. 32 RBI), si por el interesado -el ejecutante- se ha presentado toda la documentación exigida (arts. 53-55 RBI)¹¹⁰⁶ ante el tribunal competente¹¹⁰⁷ (en caso de España, el Juez de Primera instancia del partido judicial correspondiente en función del domicilio del ejecutado o del lugar de ejecución¹¹⁰⁸) y se trata de una resolución susceptible de ejecución, el Juez del Estado requerido otorgará inmediatamente el exequátur de la decisión (art. 41 RBI) sin examinar si concurren las causas de denegación del reconocimiento enumerados en los arts. 34 y 35 (entre ellas, el orden público). Por lo tanto, si el ejecutado no se niega al reconocimiento y consecuente ejecución de la decisión judicial (impugnando la resolución por la que se concede el exequátur en segunda instancia -recurso ordinario del art. 43.1- y, en su caso, en tercera instancia -recurso extraordinario de casación, art. 44 y anexo IV¹¹⁰⁹- utilizando el sistema de recursos previsto a tales efectos en el RBI¹¹¹⁰, mediante la alegación de alguna de las causas tasadas en los arts. 34 y 35) la ejecución se realizará sin problemas. De todo ello se deriva que, el orden público -o cualquier causa de denegación prevista- sólo se tendrá en cuenta a partir de la segunda instancia (en caso de España, por la Audiencia Provincial correspondiente), si es que el sujeto que resulta

observación.

¹¹⁰⁶ Dirigida a acreditar que esa resolución procede de un Estado miembro del Reglamento, su carácter ejecutorio, el respecto de los derechos de defensa, etc.

¹¹⁰⁷ En el Anexo 2 del RBI se establecen los tribunales competentes por países.

¹¹⁰⁸ SAP Guipúzcoa de 8 de febrero de 2000.

¹¹⁰⁹ En caso de España, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial denegando o concediendo el exequátur podrá ser objeto de recurso extraordinario, que revestirá la forma de recurso de casación ante el TS que resolverá igualmente mediante sentencia. Ha de precisarse que los motivos de recurso son los establecidos en la ley del Estado requerido, esto es, en caso de España, los previstos para el recurso de casación en la LEC, y se sustanciará siguiendo la tramitación procesal prevista en la LEC (Auto del TS de 12 de marzo de 2002), en caso contrario el recurso no prosperará (Auto TS de 7 de febrero de 2002), ahora bien, el objeto del recurso es la sentencia dictada por la AP y en él se examinarán los motivos para el rechazo o concesión del exequátur (STJUE de 27 de noviembre de 1984, C-258/83 asunto *Brennero*).

¹¹¹⁰ Sólo cabe los recursos previstos en el RBI a día de hoy respecto de la resolución que concede o deniega el exequátur, esto es: apelación y casación. Tal y como lo ha interpretado el TS in admitiendo cualquier otro recurso distinto, como por ejemplo el recurso de queja (Auto TS 12 marzo de 2002 y Auto TS de 21 de enero de 2003).

interesado -el ejecutado- impugna la resolución dictada en primera instancia concediendo el reconocimiento, ya que hasta ese momento no se abre el carácter contradictorio al procedimiento de exequátur¹¹¹¹. El examen sobre las causas delegación se pospone hasta la segunda instancia para agilizar la ejecución, con todo esto lo que se pretende es conseguir que una sentencia extranjera tenga aplicación directa si proviene de un Estado Miembro. En definitiva, si es España la jurisdicción requerida, será la Audiencia Provincial correspondiente la que tendría que analizar -en su caso- el supuesto particular para determinar si la resolución que se pretende reconocer y a la que se opone el ejecutado alegando ser manifiestamente contraria al orden público lo es en realidad, y ello en atención a la vigencia social y temporal de los derechos fundamentales que se encuentran en conflicto -en ese lugar y en ese momento-.

¹¹¹¹ El exequátur en segunda instancia se rige por las normas de Derecho procesal del Estado requerido. En el caso de España debe seguirse, por analogía, el trámite previsto en los art. 956 a 958 de la LEC 1881. No obstante, las distintas medidas que a instancia de parte podrá adoptar la Audiencia Provincial son las previstas en el art. 46 RBI.

CAPITULO QUINTO

DERECHO APLICABLE A LAS INTROMISIONES EN LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD: MARCO NORMATIVO Y RÉGIMEN DE FUENTE INTERNA

I. Marco normativo

1.-) El RRII y la exclusión de las obligaciones por violación de la intimidad y los derechos relacionados con la personalidad

A) Aspectos generales

1. El sistema de DIPr español – y de todos los Estados miembros de la UE con excepción de Dinamarca- ha experimentado una importante transformación en el sector del Derecho aplicable en materia de responsabilidad civil extracontractual como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento 864/2007 (RRII)¹¹¹². No obstante, en la redacción final que se ha dado por el Consejo y el Parlamento al RRII¹¹¹³, se ha

¹¹¹² El día 11 de enero de 2009 empezó a aplicarse el Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (conocido como «Roma II») (véase su art. 32). El Reglamento se aplica a los hechos generadores de daño que se hayan producido a partir de esa fecha (art. 31). De conformidad con el Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el Reglamento es aplicable también en el Reino Unido y en Irlanda. Por el contrario, de conformidad con el Protocolo sobre la posición de Dinamarca, este Estado no participa en su adopción y, por tanto, no queda vinculado ni sujeto a su aplicación (véanse los considerandos 39 y 40 de la exposición de motivos, así como el art. 1.4). Para una visión de conjunto del instrumento *vid.* M. Fallon, “The Law Applicable to Specific Torts in Europe”, J. Basedow, H. Baum y Y. Nishitani (eds.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, Tubinga, 2008, pp. 261-297, en esp. pp. 261-281 donde se analiza el funcionamiento de las normas de conflicto previstas por materias específicas en relación con la regla general del art. 4; S. Corneloup y N. Joubert (dir). *Le règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du colloque du 20 septembre 2007, Dijon, vol. 31, Paris, 2008 y T. Ballarino, *Manuale breve di Diritto Internazionale privato*, 3ª ed actualizada: *Monográfico sobre los nuevos reglamentos comunitarios y comentario al Reglamento Roma II*, Padova, 2008, pp. 227-266.

¹¹¹³ *Vid.* los diversos estudios sobre el Reglamento publicados en *AEDIPr*, t. VII, 2007 y *YPIL*, vol. IX, 2007; F.J. Garcimartín Alférez, “La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)”, *La Ley*, núm. 6798,

excluido de su ámbito de aplicación material las obligaciones extracontractuales “derivadas de violaciones de la privacidad y derechos de la personalidad, incluida la difamación” (art. 1.2 g) RRII)¹¹¹⁴. El alcance de la exclusión del art. 1.2 RRII parece que no deja mucho margen de duda por su tenor literal y en principio quedarían excluidos aquellos los litigios en los que se estén presentes los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen¹¹¹⁵.

de 11 de octubre de 2007 -5, D-232; A. Dickinson, *The Rome II Regulation. The law applicable to non contractual obligations*, Oxford, 2008, pp. 8-23; G. Palao Moreno, *Responsabilidad Civil Extracontractual...*, ob. cit., Parte II; J. Ahern y W. Binchy (eds.), *The Rome II regulation...*, ob. cit.; X. E. Kramer, “The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European Private International Law Tradition Continued - Introductory Observations, Scope, System, and General Rules”, October 15, 2008, *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, No. 4, 2008, pp. 414-424 y P. A. de Miguel Asensio, “El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista española de seguros*, nº 140, 2009, pp. 695-726. Disponible texto íntegro en <http://eprints.ucm.es/10113/1/RES09pdemigueldasensio.pdf>

¹¹¹⁴ Vid. G. Biehler, “The Limits of Rome II”, en J. Ahern, W. Binchy (eds.), *The Rome II regulation...*, ob. cit., pp. 277-288. En este artículo se analiza la incidencia del RRII en relación a terceros países atendiendo a los diferentes límites de esta norma. Esto es, hasta dónde puede llegar la reglamentación del RRII –en lo que respecta a la ley aplicable y el reconocimiento de sentencias extranjeras- en relación con los ordenamientos, los tribunales y los Estados que no están sujetos al Derecho comunitario. Para ello, distingue entre límites inherentes del RRII y límites externos. Entre ellos, se encuentran las exclusiones materiales explícitamente recogidas –como es la difamación y demás derechos relacionados con la personalidad-; además de los derivados de los límites a la autonomía de la voluntad de las partes en según qué materias (Capítulos III y IV), de la incidencia del orden público (art. 26) y, finalmente, de la interacción de este instrumento comunitario con otros textos internacionales con igual ámbito de aplicación en relación a terceros Estados (art. 28). *Loc. cit.*, p. 277-278.

¹¹¹⁵ No obstante, la concreción del concepto de derechos de la personalidad para la determinar la exclusión de la materia del ámbito de aplicación del RRII es una cuestión que parece que plantea ciertas dudas. En este sentido, E. Dias Oliveira, afirma que del tenor literal del art. 1.2 g) RRII no se excluye la posibilidad de aplicar este instrumento a los eventuales supuestos de responsabilidad extracontractual por lesiones a toda la categoría de derechos referidos como de la personalidad por los ordenamientos nacionales. La necesaria interpretación uniforme del instrumento comunitario y de sus conceptos, y la actividad especialmente relevante del TJUE en este ámbito, exige que la definición de los conceptos de Derecho europeo ha de hacerse sin referencia a los Derechos internos, y sobre esta base se muestra contraria a aquella orientación que aboga por una interpretación restrictiva del concepto de “derechos de la personalidad” (a favor de esta, entre la doctrina portuguesa vid. L. De Lima Pinheiro, *Direito Internaional Privado*, vol. II, 3ª ed., Coimbra, 2009, pp. 389 y ss.). La justificación para esta postura la sustenta en que precisamente para hacer una interpretación restrictiva del concepto ha de tomarse como referencia el Derecho material de un Estado miembro concreto (por lo que no sería un concepto

Ahora bien, con vistas a una eventual futura aplicación de este instrumento comunitario para concretar el Derecho aplicable a las obligaciones extracontractuales por daños a estos derechos de la personalidad¹¹¹⁶, podría ser necesario aclarar ciertos aspectos interpretativos que inciden en su aplicación. El RRII regula desde el punto de vista conflictual materias incluidas dentro del sector de la responsabilidad extracontractual –es decir, obligaciones extracontractuales-, de tal manera que a la hora de aplicar este instrumento a este tipo de litigios lo primero que habría que concretarse es si se trata de una obligación extracontractual. La calificación del supuesto en concreto como perteneciente al ámbito de las obligaciones extracontractuales es una cuestión de interpretación que se va realizar por el tribunal del foro necesariamente en función de los conceptos autónomos establecidos para este instrumento¹¹¹⁷ –y la correspondiente doctrina del TJUE en su interpretación y adaptación a la vigencia social del momento-. En consecuencia, el Reglamento se aplicará a todas las materias incluidas dentro de su ámbito de aplicación¹¹¹⁸, con

autónomo). En este sentido, y en atención al texto del propio art. 1.2 g), puede afirmarse que quedan excluidos del ámbito de aplicación del RRII aquellos derechos de la personalidad que vienen referidos a la reserva sobre la intimidad de la vida privada (derecho a la intimidad, a la vida privada, a la privacidad e incluso la *privacy* inglesa, aunque sea un concepto más amplio que en los sistemas continentales), la difamación y en consecuencia aquellos derechos de la personalidad que tienen como bien jurídico la honra o reputación de la persona (dejando al margen los casos de reputación comercial entre competidores que pueden tratarse como supuestos de competencia desleal y, consecuentemente, no excluidos), y otros derechos de la personalidad que pueden verse directamente afectados por la actividad de los medios de comunicación social: la imagen, el nombre, la palabra, la voz, la confidencialidad de las comunicaciones. Pero no deben de excluirse sin más –de la aplicación del RRII- otras conductas delictuales que lesionen derechos consagrados como de la personalidad en algunos sistemas jurídicos, tales como: la vida, la integridad física y psíquica o la salud. Vid. E. Dias Oliveira, *Da responsabilidade Civil Extracontractual por violação de Direitos de Personalidade em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2011, pp. 224-240, en esp. pp. 224-225 y pp. 238-240.

¹¹¹⁶ A la vista de las iniciativas parlamentarias presentadas en este sentido.

¹¹¹⁷ En este sentido, véase el Considerando 11 del RRII, donde partiendo del hecho de que el concepto “obligación extracontractual” varía de un Estado miembro a otro se opta por el establecimiento de un concepto autónomo (en el que se incluye las obligaciones extracontractuales basadas en la responsabilidad objetiva).

¹¹¹⁸ Vid., X. E. Kramer, “The Rome II Regulation...”, *loc. cit.*, pp. 414-424. Sin que, por otro lado, el RRII interfiera en la aplicación de las reglas sobre conflicto de leyes en materias específicas reglamentadas por el Derecho comunitario. Vid. M. Fallon, “La relación del Reglamento Roma II con otras normas de conflicto de leyes”, *AEDIPr*, 2007, pp. 187-217, en esp. pp. 729-769.

independencia del tratamiento que se dé por el ordenamiento jurídico del foro a la materia en cuestión (calificación *ex lege fori*)¹¹¹⁹. Se aplicará a las obligaciones no contractuales¹¹²⁰ al margen de la calificación y denominación que en el Derecho del foro se dé a éstas (reclamaciones extracontractuales, cuestiones, materias o disputas extracontractuales¹¹²¹). De tal manera que el foro no podrá referirse ni al propósito de la reclamación ni a su objeto para determinar la aplicación o no del RRII¹¹²², sino que la calificación se hará de conformidad con las reglas y conceptos del Reglamento. Ahora bien, para poder hacer esa calificación las partes deben aportar los datos necesarios (la naturaleza de la obligación, los incidentes y los elementos constitutivos del hecho del que deriva la obligación), y esto se hará de conformidad con la ley en la que el actor/demandante/reclamante fundamenta su reclamación¹¹²³. En este sentido, mientras

¹¹¹⁹ En el sentido que se refiere por D. Moura Vicente, según el cuál los conceptos de las normas de conflicto son conceptos normativos cuyo contenido y extensión se determinan por referencia a otras normas jurídicas. La cuestión en el DIPr es determinar de qué sistema nacional ha de cogerse esas normas (*lex fori o lex causae*). Cf. D. Moura Vicente, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2001, p. 417. Cuando el sistema de DIPr es de fuente interna la respuesta no puede ser otra que la *lex fori*, pero cuando se trata, como en este caso, de un instrumento comunitario, la concreción de los conceptos utilizados se deriva del propio texto normativo al ser generalmente autónomos (en aquellos supuestos en los que -como en este caso- la aproximaciones de los sistemas nacionales de los Estados miembros son distintas) con el fin de lograr una aplicación uniforme de las reglas de conflicto en él recogidas y no dejar su concreción a la aplicación de uno u otro Derecho nacional.

¹¹²⁰ Que caigan dentro del concepto autónomo manejado por el RRII.

¹¹²¹ Vid. A. Scott, “The Scope of Non-Contractual Obligations”, en J. Ahern, W. Binchy (eds.), *The Rome II regulation..., ob. cit.*, pp. 57-83, en esp. pp. 57-59. A los efectos de concretar al significado y alcance de la expresión “obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil”, esencial para la aplicación del RRII (art. 1.1º), resulta esencial la referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al RBI, en particular respecto del significado del término “materia civil y mercantil” (art. 1.1 RBI) y la delimitación entre los fueros de competencia especiales en “materia contractual” y “materia delictual o cuasidelictual” del art. 5.3o RBI (cf. M. Bogdan, “General Aspects of the Future Regulation”, A. Malatesta (ed.) *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and other Non-Contractual Obligations in Europe*, Milán, 2006, pp. 33-44, p. 40).

¹¹²² Cf. A. Scott, “The Scope of Non-Contractual...”, *loc. cit.*, p. 58.

¹¹²³ Se trata de una aproximación análoga a la que el TJUE ha establecido para la aplicación de las reglas y conceptos del RBI. A modo de ejemplo, véase, en relación con el art. 1 RBI, SSTJCE de 14 de noviembre de 2002, C-271/00, *Gemeente Steenbergen v. Luc Baten*; de 15 enero 2004, C-433/01, *Freistaat Bayern vs. Jan Blijdenstein*; y en lo que respecta al art. 5.3 RBI: STJCE de 5 de febrero de 2004, C-18/02, *Danmarks Rederiforening v. LO landsorganisationen I Sverige*. Puede verse una

que el Derecho nacional proporciona los datos relevantes¹¹²⁴, el Derecho comunitario determina su relevancia. De acuerdo con esto, los conceptos definidos autónomamente por la norma comunitaria pueden determinar qué elementos particulares son irrelevantes a la luz de los propósitos concretos de estos conceptos¹¹²⁵. Esta conclusión en materia de los derechos de la personalidad puede tener gran relevancia, en relación con el diferente significado de los derechos de la personalidad en el art. 1.2 g) según los Estados miembros. Esta distinta aproximación de los sistemas jurídicos nacionales que incide tanto en la concreción de los derechos que pueden encajar dentro de esta categoría, su jerarquización, los bienes particulares referidos a la personalidad que son tutelados a través de estos derechos, su denominación, el alcance, etc., podría permitir interpretar ese artículo de manera que no todos los derechos referidos a la personalidad estuvieran excluidos –para conocer de la responsabilidad civil derivada de su violación-¹¹²⁶. En particular, respecto de aquellos derechos que por la generalidad de ordenamientos nacionales están vinculados a la persona, que no plantean problemas de conflicto de intereses con los medios de comunicación social y que en los respectivos ordenamientos jurídicos generan responsabilidad extracontractual –como sería el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica y la salud¹¹²⁷. No

relación detallada de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en interpretación del RBI clasificada por reglas y conceptos siguiendo esta misma aproximación en A. Scott, “The Scope of Non-Contractual...”, *loc. cit.*, en nota a pie n.º. 2.

¹¹²⁴ De tal manera que los Derechos nacionales tienen todavía un significativo papel que jugar, proveyendo los datos que explican exactamente lo que está reclamando el demandante.

¹¹²⁵ Si bien en cuanto al RBI, pero extrapolable a la interpretación del RRII dada la análoga aproximación entre estos instrumentos comunitarios (STJCE de 19 de septiembre de 1995, C-364/93, *Marinari v. Lloyd's Bank*, respecto de su predecesor el CB 68, *vid.* J. M. Bischoff, “Nota a la Sentencia TJCE 19 septiembre 1995, Asunto Marinari”, *Journ. dr. int.*, 1996-2, pp. 562-563)

¹¹²⁶ *Vid.* J. J. Álvarez Rubio, “Delitos civiles contra el honor en la UE”, en *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la unión europea en materia de cooperación civil*, Homenaje al Profesor Dr. Ramón Viñas, Madrid, 2012, pp. 289-304, en esp. pp. 29 y ss.

¹¹²⁷ Se reitera aquí lo referido anteriormente sobre la posible interpretación de este precepto en este sentido. *Vid.* E. Dias Oliveira, *Da responsabilidade Civil...*, *ob. cit.*, pp. 224-240. En cualquier caso, a día de hoy es imposible dar un catálogo de derechos vinculados a la persona que eventualmente pudieran acogerse a una interpretación amplia del precepto para admitir la aplicación del RRII a la responsabilidad extracontractual derivada de su violación; pues es necesario esperar a la jurisprudencia de los tribunales de los Estados miembros y del TJUE para la delimitación y armonización interpretativa del art. 1.2 g).

obstante, en relación con los particulares derechos de la personalidad objeto de estudio –honor, intimidad y propia imagen- la exclusión es clara, con lo que no parece que pudiera interpretarse de otra forma aduciendo el Derecho interno de un concreto Estado miembro. Cuestión distinta sería la interpretación que de este concepto “derechos de la personalidad” deba darse en el futuro ante la eventual incorporación de la materia al RRII (si finalmente se sigue con el texto propuesto¹¹²⁸). Previsiblemente en este caso se optará por un concepto autónomo lo suficientemente amplio para poder abarcar todas las realidades jurídicas existentes en esta materia en los sistemas nacionales de los Estados miembros.

2. La principal y más importante consecuencia de la ausencia de norma uniforme en la materia es que Estado miembro aplicará la ley que resulte de sus propias normas de DIPr –normas de conflicto autónomas-. Esto puede conducir a potenciales soluciones contradictorias en atención al Derecho material que finalmente rija el supuesto. Consecuentemente, esta situación –llegado el caso- podría traducirse en problemas de reconocimiento de la decisión judicial fuera de la jurisdicción del tribunal de origen –incluso cuando resulte de aplicación el régimen común de reconocimiento del RBI entre los Estado miembros, si es que en el supuesto en particular pueda recurrirse por el tribunal requerido al orden público del foro-. La coexistencia de reglas uniformes comunitarias –para las obligaciones extracontractuales reglamentadas por el RRII- con otras de origen nacional para regular las situaciones internacionales excluidas – como ocurre en esta materia: las obligaciones derivadas de las lesiones a los derechos de la personalidad-, da muestra de lo complejo del panorama normativo¹¹²⁹. De tal manera que, la exclusión del ámbito

¹¹²⁸ *Draft Report* del Comité de Asuntos Jurídicos, 21.11.2011, 2009/2170 (INI), del que es redactora D. Wallis. Nombre completo: *Draft Report with recommendations to the Commission on the amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)*. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/juri/projet_rapport/2011/469993/JURI_PR\(2011\)469993_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/juri/projet_rapport/2011/469993/JURI_PR(2011)469993_EN.pdf)

¹¹²⁹ Esa inseguridad o incertidumbre, como consecuencia directa del complejo marco normativo resultante, se puso ya de manifiesto durante la tramitación del RRII. *Vid.* Grupo de Hamburgo, “Comments on the European Commissions Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to non contractual obligations”, *RabelsZ*, 2003, pp.1-56, p. 4. Y en términos similares por diversa doctrina, entre otros, *vid.* J. M. Carruthers, E. B. Crawford, “Variations on a Theme of

material del RR II de las obligaciones derivadas de violaciones de los derechos de la personalidad tiene una gran relevancia práctica. Pero además, la situación se complica porque es muy habitual que las conductas de las que se derivan este tipo de obligaciones extracontractuales se desarrollen a través de medios de comunicación que se difunden en una pluralidad de Estados e incluso con alcance global si el medio es Internet. Esto supone que la necesidad de determinar la ley aplicable sea una cuestión muy frecuente y, además, no sencilla de responder, toda vez que pueden resultar aplicables más de un ordenamiento jurídico de manera simultánea al caso. Todo ello, unido a las cuestiones interpretativas de los sistemas nacionales en esta materia, justificaba la unificación de la cuestión en el marco comunitario¹¹³⁰.

3. La exclusión final de esta materia¹¹³¹, tras el largo proceso de tramitación de la norma donde no se planteaba esta posibilidad, merece un análisis pormenorizado¹¹³². Pero no es solo esta materia la que queda excluida sino que hay otras ausencias más que

Rome II. Reflections on Proposed Choice of Law Rules for Non- Contractual Obligations: Part II”, *Edinburgh L. Rev.*, 2003-2004, pp. 238-266

¹¹³⁰ Vid. P. A. de Miguel Asensio, “El régimen comunitario...”, *loc. cit.*, en esp. p.706.

¹¹³¹ Más aun teniendo en cuenta los orígenes del RR II, en el que puede verse que en ningún momento se planteaba la exclusión de esta materia de la codificación, desde el inicio –cuando empezó a fraguarse la iniciativa codificadora, en febrero de 1998 cuando la Comisión hizo circular entre los Estados miembros un cuestionario sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales –, así como durante la tramitación legislativa en las instituciones comunitarias. Podemos destacar por ejemplo, que dentro de las materias que se proponían como excluidas de la codificación en la Propuesta presentada por el *GEDIP* (*European Group for Private International Law*) no se encontraban las obligaciones extracontractuales derivadas de las violaciones a los derechos de la personalidad –a diferencia de las obligaciones derivadas de relaciones familiares o relaciones análogas, las responsabilidades derivadas de eventos resultantes del ejercicio de autoridad pública o los daños nucleares, entre otras-. El texto de la Propuesta está recogido en soporte papel en “European Group for Private International Law: Proposal for a European Convention on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations”, *Neth. Int. L. Rev.*, 1998, vol. 45, núm. 3, pp. 465-471. En particular, todo el camino recorrido hasta la adopción final de esta norma comunitaria puede verse detalladamente en A. Dickinson, *The Rome II Regulation....*, *ob. cit.*, Capítulo I, en especial el desarrollo cronológico de las distintas etapas, pp. 23-61; y en C. Nourissat C. y E. Treppoz, “Quelques observations sur l’avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ‘Rome II’”, *Journ.dr.int.*, Vol. 130, nº 1, pp. 7-38.

¹¹³² Vid. T. Kadner Graziano, “Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle (règlement Rome II)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, Vol. 97, No. 3, 2008, pp. 445-511.

notables; en particular, son siete materias las que se encuentran excluidas en el art. 1.2, entre la que se encuentra el objeto del presente estudio. La eliminación expresa de la aplicación del este instrumento a este tipo de litigios sorprende porque en la generalidad de ordenamientos jurídicos de los Estados miembros la vulneración de tales derechos genera obligaciones extracontractuales y precisamente el RRII se adoptó con el objetivo de unificar las reglas de conflicto a nivel comunitario en materias civiles y mercantiles, de la misma forma que se han unificado las reglas de conflicto de jurisdicciones con el RBI (donde esta materia no está excluida). Así mismo, no puede desconocerse la relevancia práctica de tal exclusión, ya que son muy frecuentes los daños internacionales en este ámbito¹¹³³ y la absoluta ausencia de normas o reglas uniformes reguladoras de la ley aplicable que ayuden a conseguir la solución adecuada, resaltan aun más lo inadecuado de la decisión de las instituciones europeas¹¹³⁴.

4. Se plantea, en primer lugar, a qué lógica obedece la supresión de esta materia. Los Estados miembros no alcanzaron un acuerdo satisfactorio para todos en torno a esta materia que permitiera alcanzar una única solución conflictual. La causa de la falta de acuerdo residiría –fundamentalmente– en el tratamiento tan diverso que cada ordenamiento jurídico realiza de los derechos referidos a la personalidad¹¹³⁵. Pero quizás estos problemas iniciales podrían haberse superado con voluntad de los Estados, si bien

¹¹³³ Principalmente como consecuencia de las actividades transnacionales de los medios de comunicación y el uso de Internet por los particulares –y también profesionales de los medios– como plataforma para el ejercicio de la libertad de expresión –e información, en su caso–.

¹¹³⁴ Vid. G. Palao Moreno (AA.VV.), “Las reglas generales relativas a la determinación de la ley aplicable a los hechos dañosos, a la vista de los objetivos del Reglamento (CE), núm. 864/2007, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”), en *Hacia un Derecho conflictual europeo. Realizaciones y perspectivas*, Sevilla, 2008, pp. 65-80.

¹¹³⁵ Esta exclusión no es debida a razones de compatibilidad del Reglamento con otros textos internacionales, ni tampoco es un problema de calificación, sino que obedece fundamentalmente a la “diferencia de modelos y principios de los distintos Estados miembros” (cf. J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, ob. cit., p. 566). En este sentido, puede referirse los problemas prácticos que la conjugación de la regla general del *locus damni* y la solución especial propia del sistema inglés: la *double actionability* (o también conocida como *proper law test*). Esta regla especial –únicamente vigente para los litigios sobre difamación, según la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act* de 1995 – supone la aplicación cumulativa de la *lex delicti commissi* y la *lex fori*. De tal manera que basta con que una de ellas exonere de responsabilidad al autor del daño para que no se derive responsabilidad y, en consecuencia, no se enjuicie.

la realidad que subyace aquí no es tanto el tratamiento jurídico profesado a esta categoría de derechos sino la reglamentación en el plano material de los posibles conflictos de aquellos con la libertad de información y/o expresión. Es aquí donde reside el principal punto de fricción, pues se trata de intereses contrapuestos que difícilmente pueden aproximarse. Precisamente esta fue la causa por la que finalmente se excluyó esta materia de la unificación conflictual del RRII, puesto que los colectivos que representaban los intereses de los medios de comunicación únicamente admitían como criterios de conexión el Estado del establecimiento del editor (control editorial) o el Estado de origen, al entender que esta era la única forma de garantizar la libertad de expresión en este contexto¹¹³⁶. Ahora bien, cabe pensar que resulta complicado –pero no imposible– formular una regla común en el ámbito UE que pueda satisfacer los intereses, por un lado de las víctimas de difamación –o, en general, de los titulares de los derechos de la personalidad que puedan resultar lesionados– y, por otro de los medios de comunicación y sus usuarios¹¹³⁷. Los primeros quieren una solución que les garantice una tutela suficiente de sus derechos, mientras que los últimos no quieren ver limitadas sus libertades de expresión/información¹¹³⁸.

5. La necesidad de una reglamentación común, al menos desde el punto de vista conflictual, se hace más evidente con la incorporación en la ecuación de un nuevo factor: Internet. La existencia de Internet y su importancia actual reclaman una reglamentación uniforme de este ámbito de la responsabilidad extracontractual por sus implicaciones transnacionales¹¹³⁹. La red constituye un entorno de actuación que carece

¹¹³⁶ Vid. J. J. Álvarez Rubio (director), *Difamación y protección de los derechos de la personalidad: ley aplicable en Europa*, Navarra, 2009, pp. 205-209.

¹¹³⁷ Los medios de comunicación –y otros grupos de presión con intereses afines– se han negado desde el inicio a la reglamentación de esta cuestión, y en gran medida la ausencia de regla en el RRII es consecuencia de la presión de aquellos. Ya que desde un principio se rechazó por aquellos la regla prevista en el Anteproyecto de 2002 contenida en el art. 7 –ley de residencia habitual de la víctima–. Al respecto, véase M. Amores Conradi, E. Torralba Mendiola; “Difamación...”, *loc. cit.*, pp. 251-265.

¹¹³⁸ Un análisis del complicado panorama europeo tras el fracaso del intento de armonización conflictual en supuestos de difamación internacional, en particular a través de Internet, desde una perspectiva comparada con el sistema de EEUU, puede verse en A. Warshaw, “Uncertainty from abroad: Rome II and the Choice of law for defamation claimás”, *Brook. J. Int’l L.*, Volume 32, Number 1, 2006, pp. 269-309.

¹¹³⁹ M. Amores Conradi y E. Torralba califican la intromisión ilegítima en la intimidad, honor o reputación ajenas como uno de los ilícitos civiles tradicionales “constitutivamente internacionales”, *Cf.*

de fronteras nacionales, en la que hay libertad de comunicación y a la que cualquiera puede acceder con una audiencia global con coste prácticamente cero¹¹⁴⁰. Todas estas circunstancias, que determinan los daños reputacionales -o sobre cualesquiera otros derechos de la personalidad- como de gran importancia tanto cuantitativa como cualitativamente, exigen una norma comunitaria sobre ley aplicable en el mismo sentido que se han proveído otros ámbitos internacionalmente típicos del Derecho de daños – daños medioambientales, concurrenciales o daños por productos, por ejemplo-.

Partiendo de la complejidad de la cuestión, la reglamentación uniforme que se demanda en este ámbito debe ser conseguida mediante normas razonables y garantistas del contenido de las libertades de comunicación en Europa y de los derechos de la personalidad. Lo que se trata es de realizar una ponderación adecuada de dos derechos igualmente importantes. Aunque no resulte sencillo este equilibrio no es imposible, más aun teniendo en consideración la existencia de alternativas como la solución que ya se recogió en el Anteproyecto de 2002 y la tramitación parlamentaria del proyecto del RRII¹¹⁴¹. Por ello, parece que sería interesante hacer un análisis sucinto de los avatares experimentados durante la tramitación parlamentaria de esta norma con el fin de tratar de deducir el porqué de la exclusión final de la materia y, al mismo tiempo, tratar de vislumbrar hacia dónde puede dirigirse una posible solución armonizada comunitaria – si es que pudiera llegar a darse-.

B) Proceso legislativo: Anteproyecto 2002 y Propuesta de 2003

6. El Anteproyecto de 3 de mayo de 2002 contenía una regla al efecto en su artículo 7, que establecía la aplicación de la ley de residencia habitual de la víctima¹¹⁴².

M. Amores Conradi, E. Torralba Mendiola; “Difamación...”; *loc. cit.*, p. 253. Por su parte, también reclama la necesidad de previsión uniforme P. de Miguel Asensio, *Derecho Privado...*, *ob. cit.*, p. 170.

¹¹⁴⁰ Vid. L. Edwards, L. Edwards, y C. Waelde, *Law and the internet. A framework for Electronic Commerc*, Oxford –Portland Oregon, 2000, pp. 249-273.

¹¹⁴¹ Véanse resoluciones legislativas del Parlamento en primera y segunda lectura de fecha 6 de julio de 2005 y 18 de enero de 2007, de número P6_TA(2005)0284 y P6_TA(2007)0006; respectivamente; www.europarl.eu.

¹¹⁴² Son numerosos los trabajos realizados sobre de este Anteproyecto, como los de E. Fernández Masia, “Las primeras consideraciones sobre el Anteproyecto de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), en AC, 2003, Nº 3, 2003, pp. 907-929; y G.

Precisamente, la propuesta de regla especial unificada presentada por el Grupo de Hamburgo de DIPr. en sus *Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law applicable to Non-Contractual Obligations* (2002)¹¹⁴³ sigue esta misma aproximación. La elección de este criterio o punto de conexión presentaba, entre otras, la ventaja de que evitaba la pluralidad de leyes potencialmente aplicables a un mismo supuesto de difamación internacional o invasión de la intimidad. Semejante riesgo en la práctica podría traducirse en soluciones encontradas para un mismo supuesto, toda vez que el derecho a la intimidad –el honor y, en su caso, a la propia imagen– es regulado, en mayor o menor medida, en todos los ordenamientos del mundo, y cada uno de estos sistemas lo hace de una forma distinta – con un alcance, efectos y mecanismos de protección propios-. La cuestión se complica aun más cuando se toma en cuenta el carácter fundamental de tales derechos en ordenamientos como por ejemplo el español (entre otros)¹¹⁴⁴. Pero además, estos derechos inmateriales pueden ser dañados en múltiples países dependiendo del medio utilizado para la difamación o invasión en la intimidad –e incluso puede hablarse de daños mundiales si la vulneración se realiza en la red-. Si bien, es claro que solo personas de especial relevancia pública podrían ver afectada su reputación/intimidad en más de un país¹¹⁴⁵.

Palao Moreno, “Hacia la unificación de las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales en Europa (Una visión crítica del Anteproyecto de propuesta de Reglamento “Roma II”) en G. Palao Moreno, L. Prats Albentosa y M. J. Reyes López (Coords.), *Derecho Patrimonial Europeo*, Pamplona, 2003, pp. 271 -301. También fue abordada la cuestión en su momento por el GEDIP, Actas de la XII reunión, Pars, Septiembre de 2002, www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-reunions-12t.html.; así como por el Grupo de Hamburgo, “Comments on the European Commissions Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to non contractual obligations”, *RebelsZ*, 2003, pp.1-56.

¹¹⁴³ “The law applicable to a non-contractual obligation arising from defamation or any other violation of private or personal rights shall be the law of the country where the victim is habitually resident at the time of the tort or delict”. <http://www.mpipriv.de/de/data/pdf/commentshamburggroup.pdf>

¹¹⁴⁴ No existe unanimidad en este aspecto en la doctrina, y puede destacarse en contra de este parecer, G. Beitzke, “Les obligations delictuelles en DIPr.”, *R. des C.*, 1965-II, pp. 88; donde insiste en la unicidad sustancial que subyace a los distintos ordenamientos.

¹¹⁴⁵ Teniendo en consideración la interpretación que el TJCE realizó del *locus damni* en el asunto *Shevill* ya comentado. *Vid.*, P. de Miguel Asensio, *Derecho Privado...*, *op. cit.*, p. 526.

7. Al Anteproyecto de 2002 le siguió la primera Propuesta de la Comisión de Reglamento de 2003, que –en comparación con su predecesor- supuso un gran retroceso en esta materia. Este texto recogía la regulación de la cuestión en su artículo 6¹¹⁴⁶. La formulación escogida para este artículo podría calificarse de inadecuada dadas las reglas contenida en otros preceptos del texto que lo hacían innecesario -o al menos reiterativo-. Así, el primer apartado de este artículo establecía una regla que más que una norma de conflicto se configuraba como una cláusula especial de orden público –del foro-. En consecuencia, prescindible, toda vez que la regla de orden público de necesaria aplicación se recogía ya expresamente en el art. 22 del mismo Proyecto. En el mismo sentido, la referencia expresa a las libertades de expresión e información -dado su carácter fundamental-, reitera su carácter innecesario, puesto que razonablemente no habrá tribunal de un Estado miembro que diera margen a aplicar un ordenamiento que - en este sentido- fuera contrario al Derecho del foro, y aun más al estándar europeo común diseñado por la jurisprudencia TEDH – en aplicación del CEDH-.

El carácter innecesario de aquella regla se llegó a considerar en su momento como intencionado, como una solución no inocente¹¹⁴⁷, buscada conscientemente debido a las presiones sufridas por la Comisión por parte de los medios de comunicación -fruto de la reacción uniforme de éstos ante la anterior redacción¹¹⁴⁸-.

¹¹⁴⁶ Cuyo tenor literal era el que sigue: “Art. 6. *Violación de la intimidad y del derecho al desarrollo de la personalidad*: 1. La ley aplicable a la obligación extracontractual que resulta de una violación de la intimidad o de los derechos de la personalidad es la del foro cuando la aplicación de la ley designada por el art. 3 (regla general) sea contraria a los principios fundamentales del foro en materia de libertad de expresión e información. 2. La ley aplicable al derecho de respuesta o a las medidas equivalentes es la del país donde el organismo de radiodifusión o el editor de prensa tenga su residencia habitual”.

¹¹⁴⁷ La falta de inocencia en la redacción de esta regla –primeramente-, y de la exclusión de regla alguna en la materia posteriormente en el Reglamento 864/2007, como consecuencia de la presión del *lobby* de los medios de comunicación, es proclamada abiertamente por M. Amores Conradi y E. Torralba Mendiola, en “Difamación...”; *loc. cit.*, pp. 8 y ss.

¹¹⁴⁸ Lo que se canalizó mediante diversas plataformas de defensa de sus intereses. Como ejemplo de la capacidad de presión del “cuarto poder” sobre el legislador a la hora de inclinar la reglamentación en un sentido determinado en aquellos sectores de “riesgo” para sus intereses, podría referir última modificación sufrida por el art. 525.3 LEC –según LO19/2003 de 23 de diciembre-. Este precepto se establece como una excepción a la regla explícita contenida en el art. 524.5 LEC para los derechos fundamentales (“*la ejecución provisional de las sentencias en las que se tutelen derechos*

Esas posibles presiones podrían verse reflejadas en el hecho de que las principales críticas recibidas por el Anteproyecto de 2002 estuvieron enfocadas en el potencial riesgo que para las libertades de comunicación se derivaba del diseño de la regla de conflicto del art. 6. Esta afirmación –en la intencionalidad- podría fundamentarse en varios indicios. Por un lado, en lo desequilibrado que resultan los intereses en juego según esta redacción, en función de la mención expresa que se hace de las libertades fundamentales de expresión e información de manera independiente y no como límite constitucionalmente previsto a los derechos fundamentales al honor e intimidad (lo que resultaba reforzado por la explícita fundamentación de la regla en la Exposición de Motivos). Por otro lado, el propio núm. 2 del art. 6 -que sí era una norma de conflicto-, constituía una regla muy favorable a los intereses de los medios de comunicación - editores e informadores y en general a los difusores de opiniones e informaciones-, al establecer como ley aplicable la del lugar de su residencia habitual.

8. Resulta interesante analizar alguno de los motivos que la Comisión adujo para desechar la regla del lugar de residencia habitual del titular de los derechos supuestamente conculcados, pues parece que reforzarían la tesis de una eventual presión por los *lobbies* de los medios de comunicación – tanto por su falta de argumentación como por ser fácilmente rebatibles-. Son motivos tales como: a) que “no es siempre fácil conocer la residencia habitual de las personas famosas”. Pero sólo en muy pocos casos no es posible determinar el lugar de residencia de la persona –por muy internacional que sea-, y aun en aquellos casos no se justifica modificar una regla

fundamentales tendrá carácter preferente”). Con la modificación no es que se pierda el carácter preferente de la ejecución provisional, sino que se elimina toda posibilidad de ejecución provisional de decisiones judiciales cuando en ellas se establezca una indemnización por violación de los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen (“No procederá la ejecución provisional de los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, la intimidad personal o familiar y a la propia imagen”). De esta manera, estos particulares derechos fundamentales pierden totalmente su “tutela provisional”, lo que no ocurre con el resto de derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, esta previsión legal supone un trato desigual en los mecanismos de protección entre los distintos derechos catalogados como fundamentales, y esto permitiría distinguir entre derechos fundamentales de “primera” y de “segunda” en cuanto a la eficacia de su tutela. En definitiva, difícilmente esta modificación pudiera calificarse como constitucional. *Vid.* P. Salvador Coderch, S. Ramos González y A. Luna Yerga, “Poder de la prensa y derecho al honor. Comentario a la reforma del art. 525 LEC”, *InDret*, 2/2004.

aplicable para casi la totalidad de los supuestos, puesto que para los casos excepcionales se prevé la cláusula de excepción o la subsidiaria. b) Lo injusto que resultaría que un editor pueda resultar condenado por esta ley –de residencia de la víctima- cuando la publicación se adecuase perfectamente a las normas vigentes en el Estado de la sede del editor y ningún ejemplar del mismo se hubiera difundido en el Estado donde reside la víctima. Este es un supuesto totalmente hipotético –de laboratorio-, puesto que si no se ha producido difusión alguna de la información/opinión presuntamente lesiva de los derechos en el país de residencia habitual de la supuesta víctima, no es relevante el ordenamiento jurídico a aplicar – éste u otro distinto- porque no hay daño resarcible alguno¹¹⁴⁹. En cualquier caso debe recalcar –de nuevo- que la protección de las libertades de expresión e información está suficientemente garantizada a través del recurso al orden público (art. 22 de la Propuesta 2003), sin necesidad de crear una norma general en la materia específicamente para cumplir con este objetivo. Pero además, la propia noción de derecho o libertad fundamental que se garantiza en todos los Estados democráticos –o al menos en la mayoría de ellos- conduce a prever razonablemente que ninguna autoridad vaya a aplicar reglas que lesionen el equilibrio marcado entre las libertades de expresión/información y los derechos de la personalidad más esenciales –como es el honor y la intimidad-¹¹⁵⁰.

La segunda de las reglas previstas en el nº 2 del art. 6 de la Propuesta 2003, que determina la aplicación al derecho de respuesta o medidas equivalentes de la ley del lugar de residencia del presunto responsable, también resulta criticable. La crítica fundamental se deriva de su eventual aplicación práctica–además de resultar injustificada-. Pues supone someter a distintos Derechos -dentro de la misma situación jurídica-, por un lado la existencia de la lesión del derecho al honor/intimidad y, por otro, los posibles remedios a dicha lesión. Esto únicamente lleva a complicar aun más la

¹¹⁴⁹ Para que los derechos de la personalidad puedan resultar lesionados por publicación de contenidos controvertidos es necesario que exista difusión de la información u opinión supuestamente lesiva en el ámbito de cada ordenamiento jurídico en cuestión –en este caso, en el de residencia habitual de la víctima-. Esta afirmación se sustenta en el hecho de que existe un derecho al honor/intimidad universal sino que hay tantos derechos como ordenamientos jurídicos puedan resultar afectados.

¹¹⁵⁰ Para M. A. Amores y E. Torralba, la sola mención de este motivo como argumento para eliminar la regla de lugar de residencia habitual de la víctima, supone “un pleno desconocimiento del funcionamiento de las reglas de Derecho comunitario derivado, sus límites y su virtualidad.” (Cf. “Difamación...”, *loc. cit.*, p. 260).

resolución del litigio para el juez del foro. Pero más aun cuando la norma para fundamentar esta regla parte de una premisa inadecuada, esto es, se parte de un supuesto concreto: la eventual contradicción de la decisión judicial sobre el derecho de rectificación o equivalente con los principios fundamentales del ordenamiento donde deba desplegar sus efectos. Todo ello conduce irremediabilmente al fraccionamiento del supuesto en lo que refiere a la ley/es aplicable/s favoreciendo *-ab initio-* la posición de una de las partes en litigio. En este sentido, lo que vale de esta regla es lo que no dice: “con carácter general, la ley aplicable a las consecuencias obligacionales de la difamación era la señalada en la misma regla general (art. 3 *locus damni*), lugar del resultado dañoso salvo residencia habitual común a las partes o vínculos más estrechos”¹¹⁵¹.

C) Tramitación parlamentaria

9. La regla de la Propuesta de la Comisión del RRII para la “Violación de la intimidad y de los derechos de la personalidad” fue completamente modificada y reformulada por el Parlamento Europeo, y se introdujo un nuevo apartado, el tercero, por el que se remitía a la regla conflictual contenida en el apartado 2º -ley de residencia habitual del presunto responsable- para concretar el Derecho aplicable a las violaciones de los derechos de la personalidad derivadas del tratamiento de datos. El nuevo artículo 5 de la Propuesta rezaba de la siguiente forma:

“1. Por lo que se refiere a la ley aplicable a la obligación extracontractual que resulta de una violación de la intimidad o de los derechos de la personalidad, se aplicará la ley del país en el que ocurra o pueda ocurrir el elemento o elementos más significativos del daño o del hecho dañoso. Cuando la violación tenga su origen en una publicación impresa o en una radiodifusión, debe considerarse que el país en el que ocurran o puedan ocurrir el elemento o elementos más significativos del daño, es el país al que destina principalmente una publicación o radiodifusión o, si ello no estuviese claro, el país en el que se ejerce el control editorial, y debe aplicarse la ley de dicho país. El país al que se destina principalmente una publicación o radiodifusión deber determinarse especialmente por la lengua

¹¹⁵¹ Cf. *Ibid.* p. 261.

de publicación o radiodifusión, o el volumen de ventas o los índices de audiencia en un país específico en relación proporcional con las cifras totales de ventas o de audiencia, o una combinación de estos factores. Esta disposición se aplicará, mutatis mutandis, a las publicaciones en Internet y otras redes electrónicas.

2. La ley aplicable al derecho de respuesta o a las medidas equivalentes y a toda medida preventiva o a todo interdicto prohibitorio contra un editor de prensa escrita o un organismo de radiodifusión respecto del contenido de una publicación o radiodifusión es la del país donde el editor de prensa escrita u organismo de radiodifusión tenga su residencia habitual.

3. El apartado 2 se aplicará también a las violaciones de la intimidad o de los derechos de la personalidad derivadas del tratamiento de datos personales.”

Como puede observarse, el art. 5¹¹⁵² detallaba cuatro diferentes tipos de violaciones a la privacidad o de derechos referidos a la personalidad, para los que preveía distintas reglas: a) violaciones por la publicación impresa o por radiodifusión (art. 5.1 regla 2ª); b) violaciones por publicación a través de Internet o de otros medios electrónicos (art. 5.1 regla 3ª); c) violaciones resultantes del tratamiento de datos personales (art. 5.3); y d) violaciones por otros medios (art. 5.1 regla 1ª). Además de estas reglas, el art. 5.2 preveía una regla especial para el derecho de respuesta y para las medidas preventivas o de prohibición. Este precepto merece un análisis particular pues- como ya se verá- la reciente iniciativa presentada por el Parlamento Europeo para la revisión del RRII con el objeto de incorporar la materia al ámbito de aplicación de este instrumento comunitario muestra más de una similitud con esta versión previa.

10. En primer lugar, el art. 5.1 recogía una regla general que determinaba la aplicación de la ley del país en el que ocurra el o los “elementos más significativos del daño o del hecho dañoso” para aquellos supuestos en los que no sea parte ningún medio de masas -un medio de comunicación masivo o *mass media*- (art. 5.1 regla 1ª). En caso

¹¹⁵² Un análisis específico del art. 5 de la Propuesta de RRII puede verse en K. Siehr, “Violation of privacy and Rights relating to the personality”, *Studi e Pubblicazioni della RDIPP*, nm. 63, monográfico “The unification of choice of law rules on torts and other non-contractual obligations in Europe: The “Rome II” proposal (A. Malatesta), Padova, 2006, pp. 159-172.

de que la violación viniera causada por la publicación de material impreso –prensa escrita- o por la radiodifusión de información, la ley aplicable parece que debía ser determinada por el art. 5.1 regla 2ª. Se plantea, sin embargo, serias dudas de si resultaba adecuada esta previsión para todos los posibles demandados. Es decir, si por ejemplo se publica por prensa escrita una carta difamante elaborada por un sujeto X (no dirigida al periódico), que lesiona los derechos de otro sujeto Y, el editor del periódico sería responsable –en su caso- a la luz de la ley concretada por el 5.1 regla 2ª; pero, ¿por qué tendría que ser también responsable según esta ley el autor material –X-? Parece que la interpretación correcta de este art. 5.1 en este caso sería que la reclamación de la víctima –Y- frente al autor del contenido lesivo –X- debería regirse por la ley concretada por el núm. 1, mientras que la reclamación de la víctima frente al medio de comunicación debería reglamentarse por la ley concretada por el núm. 2¹¹⁵³.

La regla de ley aplicable prevista en el 5.1.1 recuerda –más o menos- a la regla general contenida en el art. 4.1º RRII para concretar el Derecho aplicable en ausencia de acuerdo de elección: “la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión”. En consecuencia, la ley aplicable sería la del lugar de resultado –donde se manifiestan los efectos dañosos- y no la del lugar de origen –o del acto-. Trasladado al art. 5.1º, éste designaba también el de la ley del lugar de los efectos dañosos y para ello se tomaba en consideración las particularidades de las lesiones a este tipo de derechos. Como son, por ejemplo, la posibilidad de que no se generen daños económicos y que los efectos lesivos de ese tipo de violaciones se manifiesten en distintos lugares –al establecer expresamente que para concretar tal lugar ha de tomarse en consideración “el elemento o elementos más significativos del daño o del hecho dañoso”-. El tenor literal de este texto eliminaba la posibilidad de aplicar la teoría del mosaico, ya que claramente hacía referencia a “la” ley –“del país en el que ocurra o pueda ocurrir el elemento o elementos más significativos del daño o del hecho dañoso”-. De tal manera que, la ley de un único Estado reglamentaría y decidiría sobre la “cantidad” de pérdida o daños y perjuicios potencialmente sufridos en distintas jurisdicciones¹¹⁵⁴. Esta aproximación en la práctica

¹¹⁵³ *Ibid.* p. 161.

¹¹⁵⁴ En este sentido se interpreta por K. Siehr, “European private international law of Torts.

se traduciría -para la generalidad de los casos- en la aplicación de la ley de lugar donde tenga la sociedad, asociación o persona jurídica su administración central, salvo que en el caso en particular hubiera intervenido sucursal, agencia u otro establecimiento, en cuyo caso sería aquel Estado donde estuviera situado este último¹¹⁵⁵. Para el supuesto de que el presunto responsable no sea persona jurídica sino física la concreción de tal lugar sería la de su residencia habitual o, en casos de actividad domiciliaria o ambulante, su dirección oficialmente registrada será el lugar donde el daño ocurre¹¹⁵⁶.

11. Esta regla general del 5.1 de la Propuesta fue alabada por algunos y criticada por otros. Por un lado, por cierta doctrina se entendía que esta nueva versión de la Propuesta del art. 5 RRII había mejorado considerablemente en relación con la versión anterior, si bien no estaba exenta de problemas prácticos¹¹⁵⁷. En este sentido, se entendía que esta regla resultaba lo suficientemente flexible para no necesitar una cláusula de escape y, además, en cualquier momento -posterior al daño- las partes podrían hacer uso de su autonomía conflictual –art. 3.1 de la Propuesta-, evitando así cualquier desequilibrio¹¹⁵⁸. Mientras que, por otro lado, se vislumbraba un objetivo intencionado tras esta norma: evitar la aplicación de la regla general, que supondría la aplicación de la ley del Estado de la víctima¹¹⁵⁹. Pues aunque la concreción del lugar del daño principal en las violaciones a los derechos de la personalidad típicamente correspondería con el lugar de residencia de la víctima –aunque pudieran producirse daños en otras jurisdicciones-, el tenor literal de esta previsión permitía otra interpretación más favorable cuando el presunto responsable era un medio de comunicación.

Cuando los daños se manifestasen en un Estado distinto al de origen –del establecimiento del medio de comunicación presunto responsable- la ley aplicable sería la del país de destino de la publicación/radiodifusión, lo que se correspondería con el

Violations of privacy and rights relating to the personality”, *RDIPP*, Vol. 4, núm. 4, 2004, pp. 1201-1214, en esp. pp. 1207 y ss.

¹¹⁵⁵ Art. 21. 1 de la Propuesta de RRII.

¹¹⁵⁶ Art. 21. 2 de la Propuesta de RRII.

¹¹⁵⁷ Fundamentalmente en lo que respecta a su coordinación con la doctrina *Shevill*. Cf. K. Siehr, “Violation of privacy...”, *loc. cit.*, p. 172.

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, pp. 162-163.

¹¹⁵⁹ Cf. M. Amores Conradi, E. Torralba Mendiola “Difamación ...”; *loc. cit.*, p. 263.

Estado de residencia de la víctima¹¹⁶⁰. El fin que se perseguiría con ello -en principio- es que la víctima no fuera la que tenga que sufragar el coste de la internacionalidad¹¹⁶¹. Si bien, esta formulación otorga al agente material del daño un amplio margen de maniobra, ya que podía elegir entre el Estado de origen y el de “destino principal”, y ante esta disyuntiva su elección -por uno u otro- probablemente vendría determinada en función de lo flexible que fuera el ordenamiento jurídico en esta materia¹¹⁶²-. El tenor literal del texto y el criterio del “país al que se destina principalmente una publicación o radiodifusión” no tenía como resultado previsible la aplicación de la ley de Estado donde la víctima desarrolla su vida, sus relaciones sociales y familiares de manera general -típicamente su residencia habitual-, sino la aplicación del ordenamiento del país donde el editor o radiodifusor ha querido conscientemente dirigir o destinar principalmente su publicación o radiodifusión¹¹⁶³.

12. Como regla supletoria se determinaba la aplicación de la ley del país “en el que se ejerce el control editorial”, lo que suponía que en caso de duda siempre resultaría de aplicación la ley del Estado de origen. Esta precisión se puede poner en relación -ya que obedece a la misma lógica- con la regla contenida en el apartado 2º del art. 5 -derecho de respuestas y medidas equivalentes- que solo tenía en consideración la ley del editor. La principal crítica a esta opción surge cuando ha de aplicarse a los medios de comunicación internacionales pues en estos casos es prácticamente imposible determinar el lugar de destino principal de la publicación, en consecuencia, en la práctica sólo operaría este criterio -control editorial-. Esta aproximación rompía -

¹¹⁶⁰ Vid. M. Virgós Soriano y Garcimartín Alferez, “Estado de Origen...”, *loc. cit.*, pp.1787 y ss.

¹¹⁶¹ Si bien, puede concluirse que precisamente la regla contenida en el texto parlamentario invierte completamente esta lógica, de tal forma que la víctima de la lesión de por sí padece el coste de dicha internacionalidad (*vid.* M. Amores y E. Torralba, “Difamación ...”; *loc. cit.*, p. 263).

¹¹⁶² Lo que supone un claro desequilibrio entre la víctima y el presunto responsable, en favor de este último. Por ello, se ha interpretado que en esta propuesta se configura la víctima “como un mero espectador pasivo del daño.” (*Cf. ibidem*)

¹¹⁶³ En este sentido, podría referirse un ejemplo que resulta claro: cualquier periódico que tuviera ediciones para varios países, y en su edición nacional, por ejemplo para España, recoge una declaración potencialmente difamatoria dirigida a un sujeto con residencia en un tercer país, se registrará siempre por la ley española. Ahora bien, este medio puede dirigirse indistintamente a muchos países distintos de forma simultánea, ya que posee ediciones en otros Estados.

definitivamente- con cualquier equilibrio entre las partes, inclinándose claramente hacia el lado de los medios de comunicación. En este sentido, resultan particularmente interesantes los supuestos en los que las lesiones a estos derechos se realizaran a través de la publicación de informaciones en Internet, pues en estos casos el desequilibrio y la falta de seguridad de la presunta víctima se muestran aun más evidentes –en caso de que se aplicara esta regla-. Frente a eventuales difamaciones o lesiones a la intimidad o imagen en la red, lo más probable es que el único criterio aplicable por el foro para localizar el Derecho fuera el de control del contenido (dada la evidente dificultad que existe en la mayoría de los casos de localizar el lugar de destino principal de la publicación, por el carácter global del medio¹¹⁶⁴). Pero este criterio del control editorial puede plantear problemas de aplicación cuando no se trate de la versión digital de un medio de comunicación (o medios de comunicación exclusivamente digitales)¹¹⁶⁵, ya que en el caso de que fuera un particular el que cuelgue los contenidos lesivos en una página *web* no existe editor en sentido estricto –por lo que habría quizá que hacer una aplicación analógica de este criterio que se traduciría en la aplicación de la ley de residencia habitual del emisor de los contenidos¹¹⁶⁶-. Pero aquí no se terminarían los posibles problemas, pues qué ocurriría en aquellos supuestos en los que el autor material no se conoce –por ejemplo, porque es una información anónima-. En este último supuesto, quizá habría que localizar al proveedor del servicio de Internet que pudiera haber controlado ese contenido no como mero intermediario –sino que tuviera capacidad de decisión en el resultado: dirección, autoridad o control¹¹⁶⁷- y aplicar la ley

¹¹⁶⁴ No obstante, es posible que en ciertos casos este extremo pudiera derivarse de ciertos elementos indiciarios, como por ejemplo que se tratara de una *web* dirigida exclusivamente a los residentes de un determinado país por que el acceso estaba restringido a este territorio (mediante el uso de herramientas de geolocalización) y valorándose otros posibles elementos como por ejemplo el idioma utilizado en la publicación (que fuera particular y exclusivo de una determinada zona geográfica), etc. En concreto, es posible traer aquí a colación los posibles elementos indiciarios que por el Tribunal de Justicia se han señalado en el asunto *Pammer* (*loc cit.*) para determinar cuándo una actividad profesional desarrollada en la *web* está dirigida a un Estado miembro en particular a los efectos de la aplicación del art. 15. 1 c) RBL.

¹¹⁶⁵ Ya que en estos casos la localización del lugar del establecimiento del editor del medio digital en principio no debería plantear mayores problemas dentro de la UE, por la obligación de información que se establece para los prestadores y proveedores de servicios de la sociedad de la información (art. 10 LSSI).

¹¹⁶⁶ Utilizando la misma lógica que el TJUE en el asunto *eDate Advertising*.

¹¹⁶⁷ Utilizando la terminología de los arts. 16.3 y 17.3 LSSI para determinar cuando no

de su establecimiento o residencia. Y el mismo problema surgiría cuando lo que se pretendiera ejercitar por la víctima fuera una acción de cesación frente a actividades desarrolladas en Internet frente a los prestadores de servicios de la sociedad de la información – ya que tiene el mismo tratamiento que la acción resarcitoria-.

El traslado del punto de conexión de la *lex loci delicti* a la *lex loci editionis* en esta nueva versión de la Propuesta podría considerarse simplemente como irracional – básicamente porque obedecía a las presiones de los medios de comunicación- pero también podría tratar de explicarse el razonamiento que se siguió para optar finalmente por esta aproximación, si se toma en consideración los supuestos prácticos en los que ésta pudiera resultar adecuada¹¹⁶⁸. En este sentido, esta regla pudiera resultar justificada en aquellos supuestos en los que intervinieran medios de comunicación eminentemente nacionales, esto es, dirigidos principalmente a una audiencia nacional (para ello tendrían que existir indicios claros de esa publicación “local”, tales como: el idioma en el que se publica, el número de ejemplares vendidos –para el caso de prensa escrita-, los recursos técnicos utilizados para la publicación/difusión de la información, etc.). Si se está ante un verdadero supuesto de publicación local la aplicación de la ley del control editorial estaría justificada; sólo habría que acudir a la misma argumentación que se planteó por el TJCE en el asunto *Shevill* para resolver que el lugar de origen del daño debía identificarse con el del establecimiento del editor para dar competencia judicial internacional universal (para conocer de todos los daños sufridos) a los tribunales de ese Estado en aplicación del art. 5.3 RBI. Ahora bien, fuera de estos supuestos muy concretos –y típicamente en relación con medios tradicionales de difusión-, la aplicación de esta norma no parece que contase con suficiente fundamento, más aun cuando el medio utilizado para la publicación de la información lesiva hubiera sido Internet¹¹⁶⁹.

puede un prestador de servicios de la sociedad de la información acogerse a la general exención de responsabilidad.

¹¹⁶⁸ K. Siehr, justifica la posible racionalidad de esta previsión en tanto que pueden distinguir dos tipos de supuestos cuando el presunto responsable es un medio de comunicación: en primer lugar, las publicaciones y radio difusiones nacionales y, por otro, la publicaciones y radiodifusiones internacionales, concluyendo en esta primera categoría la fundamentación de la regla o incluso dentro de la UE (“Violation of privacy..”, *loc. cit.*, p. 164 -168).

¹¹⁶⁹ Salvo que eventualmente se pudiera probar que el contenido únicamente estaba disponible para este territorio restringiendo el acceso para el resto de países.

13. Si bien, si se toma en consideración los hechos del caso *Shevill* para contestar a la cuestión del Derecho aplicable a la luz de la regla 5.1 de la Propuesta, la cosa podría variar¹¹⁷⁰. Los tribunales ingleses –con competencia limitada como *locus damni*- si tuvieran que aplicar esta regla –dado que el periódico francés demandado estaba principalmente dirigido al público francés y, en todo caso era en Francia donde tenía el control editorial-, sería el Derecho francés el aplicable a la acción por libelo contra el editor de ese medio. Eso supondría que el tribunal inglés debería calcular los daños sufridos –la indemnización- por la difamación en Inglaterra a la luz del Derecho sustantivo francés de daños. Previsiblemente esta cantidad sería muy pequeña ya que en Inglaterra muy pocas personas leían esa publicación. Incluso en algunos casos –más allá del supuesto *Shevill*- esa indemnización pudiera no existir si es que el demandante no es conocido en el Estado del foro. Dentro del ámbito comunitario, atendiendo a los fueros de competencia previstos para estos litigios –según la interpretación del art. 5.3 RBI establecida en *Shevill* y posteriormente confirmada en *eDate advertising* para los casos de publicación en la *web*-, el lugar donde se ejerce el control editorial se identifica con el del establecimiento del editor –o del emisor de los contenidos- con competencia ilimitada, de tal forma que si el demandante optase por demandar en este foro, la aplicación de la regla 5.1.2 de la Propuesta resultaría de lo más apropiada. No así, cuando por la víctima se optase por litigar en el lugar de materialización del daño –con competencia limitada a los daños manifestados en esa jurisdicción-, como ya se ha visto con el ejemplo de *Shevill* –y más aun si el medio utilizado para la publicación fue Internet, dado que tras la sentencia *eDate Advertising* esa competencia limitada se reconoce a todas las jurisdicciones desde donde se puede o se pudo acceder a los contenidos controvertidos-.

Cuestión distinta es si el lugar de control editorial- es decir, el de establecimiento del editor/ emisor de los contenidos- se encuentra situado en un tercer Estado no UE. En ese caso también resultaría problemático la aplicación de esta regla. La única posibilidad de que del litigio conociera un tribunal de una Estado UE sería como lugar de resultado, con competencia limitada y –en atención 5.1.2 de la Propuesta- debería aplicar irremediamente el Derecho de ese tercer Estado a los daños causados

¹¹⁷⁰ Ya que probablemente los tribunales ingleses, siguiendo su sistema del Derecho internacional privado, aplicaron el Derecho inglés a la reclamación de la Señora *Shevill*.

en el foro¹¹⁷¹. La víctima no tendría la posibilidad de elegir el entre el la ley del lugar de origen o del resultado –lo que sí se permite en el sector de CJI-, lo que se mantiene en la versión actual del RRII. Esta exclusión se justificaba en el hecho de que se entendían cubiertas las necesidades de la víctima con esta regla y la posibilidad de elegir el Derecho aplicable las partes mediante acuerdo (autonomía conflictual). En caso contrario se estaría favoreciendo –sin justificación aparente- a las víctimas de un libelo internacional frente a aquellas que lo son de forma local/nacional. Por ello, desde el punto de vista práctico esta regla podría plantear problemas de coordinación con la doctrina *Shevill/eDate*¹¹⁷².

14. Para los supuestos de publicación de los materiales lesivos vía Internet, se preveía en el 5.1.2 que se aplicaría *mutatis mutandi* de conformidad con el 3. En este sentido, podían distinguirse en esta Propuesta tres tipos distintos de violaciones. En primer lugar, frente a cualquier violación de los derechos de la personalidad cometidos mediante el envío de mensajes de correo electrónico dirigidos a la víctima la ley aplicable sería la determinada por el art. 5.1 regla 1ª. Típicamente ésta sería la ley de residencia habitual de la víctima. En segundo lugar, podría hablarse de publicaciones locales *online*. Para que pudieran calificarse como tal, estas publicaciones deberían de contar con indicios claros, siendo uno de los más significativos el idioma. Si el idioma utilizado para la publicación es el idioma local –lo que permitía suponer que apenas la publicación iba a ser leída en el extranjero- podría considerarse como que está limitada al público de la región. Sin embargo, esta presunción podría desvirtuarse en cualquier momento porque salvo muy contadas excepciones donde la lengua vernácula es exclusiva de la zona, por lo general más de una región comparte idioma¹¹⁷³ y, además, hay que contar con la movilidad geográfica que permite que cualquier ciudadano de cualquier parte del mundo resida en otro país distinto. En último lugar, podría referirse la publicación internacional de materiales por Internet. Estos casos presentan especiales problemas, pues cualquier sujeto puede acceder a ellas desde cualquier parte del mundo, y pueden ser editadas por editores desconocidos desde lugares desconocidos por la

¹¹⁷¹ Ya que no se recogía en la Propuesta la posibilidad de la aplicación de la teoría del mosaico establecida por *Shevill*.

¹¹⁷² Lo que sigue ocurriendo en la situación actual con la exclusión de la materia del RRII, ya que no todos los sistemas nacionales de conflicto prevén esta dualidad.

¹¹⁷³ Sin contar posibles enclaves, zonas de ultramar, etc.

víctima de la difamación. Cuando la difamación se hubiera realizado mediante publicaciones *online* por periódicos o a través de prestadores de servicios *online*, la ley aplicable –a la luz del 5.1- sería la del Estado donde esos servicios son editados. La misma ley sería de aplicación si los usuarios de estos servicios colgaran o publicaran entradas nuevas potencialmente difamantes o si los usuarios agregan a entradas ya existentes palabras difamantes. Si el editor de la publicación *online* no era conocido, la víctima se encontraría en la misma posición que las víctimas de cartas o llamadas anónimas. Esto es, la víctima podría tratar de ejercitar acción judicial de cesación contra el servidor utilizado por el sujeto anónimo para difamar.

15. Para finalizar con el análisis de esta Propuesta, ha de referirse la regla específica de ley aplicable prevista para ciertas medidas de protección especial de la víctima¹¹⁷⁴. La ley que preveía esta Propuesta como aplicable cuando lo que se ejercitaba es el derecho de respuesta -o medidas equivalentes- o cualquier medida preventiva o acción de cesación contra un medio de comunicación, era la de residencia habitual del editor –en caso de prensa escrita- u organismo de radiodifusión (art. 5.2). Esta previsión –salvo la referencia a las medidas preventivas y de cesación que es nuevo- ya estaba en el Anteproyecto de la Comisión en el art. 6.2. Esta era una regla especial que al tener en consideración únicamente el criterio del establecimiento del medio de comunicación, se manifestaba como favorable para esta parte en detrimento de la víctima. Esto es, incluso cuando el supuesto recayera dentro del ámbito del art. 5.1 regla 1ª – aplicación de la ley de residencia habitual de la víctima a la reclamación- el derecho de réplica de la víctima se regiría por la ley de residencia habitual del medio de comunicación responsable. Cuestión distinta eran las medidas cautelares/preventivas y la acción de cesación, ya que en la generalidad de sistemas este tipo de medidas se rigen en su mayor parte por el Derecho del foro¹¹⁷⁵. Además, dentro del contexto comunitario la eficacia de estas

¹¹⁷⁴ Dejando al margen la cuestión de las violaciones por tratamiento de datos personales, ya que la cuestión se remite a la regla contenida en el 5.2, que se va a explicar en relación con la acción de cesación y medidas provisionales, cautelares y el derecho de réplica, por ser más relevantes desde el punto de vista del objeto de estudio.

¹¹⁷⁵ Ya sea como consecuencia de su consideración como cuestión procesal o por la importante concurrencia de elementos procesales –*lex fori regit procesum*- o por su urgencia, que exige que sean adoptadas sin tener previamente que ahondar en profundidad sobre el Derecho extranjero aplicable al fondo -si bien éste será el que justifique si hay causa o no para adoptar esas medidas- Esta postura viene reforzada -dentro del ámbito de la UE- desde el punto de vista de la competencia judicial internacional

medidas más allá de la jurisdicción donde se adoptaron estaría prácticamente garantizada. Es decir, si aquellas medidas provisionales/cautelares se solicitaran y se admitieran en un Estado distinto del de residencia habitual del demandado –el medio de comunicación-¹¹⁷⁶ y la víctima quisiera que fueran efectivas en ese territorio, la reglamentación uniforme de las causas de denegación de reconocimiento del RBI¹¹⁷⁷ exigiría el reconocimiento de aquellas entre tribunales de Estados miembros - ya que el control de la Ley aplicable no es causa de denegación del reconocimiento de conformidad con el art. 34 RBI-. En este sentido, aunque finalmente esta Propuesta de RRII no se ha materializado, si hubiera llegado a producirse dicha consolidación- en tanto en cuanto esté vigente el art. 31 RBI- esta previsión del 5.2 de la Propuesta tendría que estar limitada exclusivamente al derecho de réplica y medidas equivalentes.

16. Ahora bien, aunque la Comisión y el Consejo finalmente optaron por eliminar cualquier regla en la materia¹¹⁷⁸; la Comisión en su segunda propuesta¹¹⁷⁹ optó por suprimir la regla especial y excluir del ámbito de aplicación del Reglamento¹¹⁸⁰ “los

por la propia provisión contenida en el art. 31 RBI, que otorga CJI a los tribunales del Estado miembro donde deban adoptarse las medidas provisionales o cautelares necesarias previstas por su Derecho – incluso si la CJI para conocer sobre el fondo del asunto corresponde a otro Estado miembro- .

¹¹⁷⁶ Utilizando para ello por ejemplo el fuero especial del 5.3 RBI.

¹¹⁷⁷ *Vid.* capítulo III RBI.

¹¹⁷⁸ Los argumentos aducidos por la Comisión para fundamentar esta decisión fueron que la propuesta parlamentaria “favorece en exceso al editor frente a la presunta víctima de una difamación en prensa”, además de que no se corresponde en absoluto “con la solución actualmente vigente en la mayoría de los Estados miembros”. Como los textos -Anteproyecto de 2002 y propuesta del Parlamento- son irreconciliables: “La Comisión opina sobre esta controvertida cuestión que la solución más aceptable sería excluir del ámbito de su propuesta modificada los delitos de prensa y asimilados y suprimir el artículo 6 de la propuesta inicial. Por tanto, los demás atentados contra la vida privada estarían comprendidos por el artículo 5 de la propuesta modificada”. Estas citas en la *Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la Ley aplicable a las Obligaciones Extracontractuales (Roma II)*, COM (2006)0083, p. 7.

¹¹⁷⁹ Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II") (presentada por la Comisión con arreglo al apartado 2 del artículo 250 del Tratado CE). COM/2006/0083 final.

¹¹⁸⁰ Antes de desechar cualquier posibilidad de acuerdo, con el fin propósito de llegar a una solución que pudiera configurarse como el punto de encuentro entre los intereses contrapuestos, la Comisión presentó una solución de compromiso entre la ley de residencia habitual de la víctima que quedaba descartada y la de la ley del Estado de origen. Y en este sentido aceptó la enmienda *Wallis*

atentados contra la vida privada o los derechos de la personalidad cometidos por los medios de comunicación”.

Lo más reseñable de la lectura final de esta segunda Propuesta es que no se excluía totalmente la reglamentación de la responsabilidad civil extracontractual por difamación, es decir, no se excluía la concreción de la ley aplicable a las consecuencias civiles del libelo –que estarían dentro del ámbito de aplicación de la regla general- sino que únicamente estaban excluidos “los atentados cometidos por los medios de comunicación”. De esta forma se separaba la regulación en función de los medios utilizados o el autor de los hechos ilícitos generadores de la responsabilidad civil¹¹⁸¹. Era de lo más obvio la conclusión a la que podía llegarse de aquel texto, lo que trató de remediarse mediante una nueva redacción del artículo 1.2 g) en el texto de la Posición Común (CE) N° 22/2006, aprobada por el Consejo el 27 de septiembre de 2006¹¹⁸². El nuevo texto del art. 1.2 g) es el ahora recogido en el RRII, y la exclusión que este precepto hace en la materia ya no son las obligaciones civiles derivadas de los actos imputables a los medios de comunicación, sino que elimina del ámbito de aplicación del Reglamento todas las obligaciones derivadas de “violación de la intimidad o de los

(*Recomendación de Posición del Parlamento en segunda lectura* –Ponente Wallis-, 22 diciembre de 2006, A6-0481/2006), que recogía una regla que funcionaba en dos tiempos. En primer lugar se preveía la aplicación de la ley donde se produzcan los elementos más significativos del daño, lo que permitía al juez concretar tal extremo en un único país que sería el del Estado de residencia de la víctima. Pero esa regla permitía cierta flexibilidad al juez para decidir si el supuesto presentaba vínculos más estrechos con el país de publicación o la emisión estaba destinada de manera principal –atendiendo a criterios tales como el número de ejemplares distribuidos o el idioma de la publicación-, de tal manera que se acercaba a la práctica del Estado de origen. No obstante, los medios de comunicación tampoco estuvieron dispuestos a aceptar la enmienda Wallis, manteniendo la única postura admisible: ley de establecimiento del editor o ley del Estado de origen. *Vid.* J. J. Álvarez Rubio (director), *Difamación y protección...*, *ob. cit.*, pp. 208-209.

¹¹⁸¹ No puede encontrarse regla igual equivalente para ningún otro supuesto, tanto en el Derecho material como conflictual. M. Amores Conradi y E. Torralba Mendiola, al respecto hacen una equivalencia con el “Derecho Penal de Autor”, para describir la situación como una especie de “Derecho de Daños de Autor”, *Vid.* “Difamación...”; *loc. cit.*, p. 13.

¹¹⁸² *DO*, N° C289E, de 28 de noviembre de 2006, pp. 68 y ss. El texto aprobado por el Consejo pasó a ser definitivo sin ningún cambio, aunque en segunda lectura parlamentaria se intentó recuperar el texto aprobado en la primera pero sin éxito alguno. Documento P6_TA (2007)0006, de 18 de enero de 2007, art. 7. –de tenor literal idéntico a la primera ya analizada-.

derechos relacionados con la personalidad; en particular la difamación”.

17. El propio texto del RRII prevé expresamente la futura subsanación de esta omisión mediante una cláusula de revisión (art. 30.2 RRII¹¹⁸³). A tales efectos se estableció como fecha límite el 31 de diciembre de 2008 para que la Comisión presentara -al Consejo, al Parlamento y al Consejo Económico y Social- un informe sobre la situación en el ámbito de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de la violación de la intimidad y de los derechos relacionados con la personalidad. Esta fecha se cumplió sin que se llevara a cabo tal estudio, hubo que esperar hasta febrero de 2009 para que se cumpliera tal mandato¹¹⁸⁴. Y posteriormente, hasta mediados del 2011 no se publicó por la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo -el 25 de mayo de 2011- un documento de trabajo sobre la reforma del RRII en este sentido¹¹⁸⁵. A pesar de iniciativa legislativa relativa a la revisión del RRII por la Eurocámara, con el objeto de dar una solución de ley adecuada en esta materia que se recoja en este instrumento comunitario para todos los Estados miembros, no se tiene prevista aun fecha concreta para que se materialice¹¹⁸⁶. En consecuencia, el *status quo* de la cuestión no parece que vaya a cambiar a medio o corto plazo, por lo que

¹¹⁸³ “2. A más tardar el 31 de diciembre de 2008, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un estudio sobre la situación en el ámbito de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de la violación de la intimidad y de los derechos relacionados con la personalidad, teniendo en cuenta las normas sobre la libertad de prensa y la libertad de expresión en los medios de comunicación, y las cuestiones sobre conflicto de ley relacionadas con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos”.

¹¹⁸⁴ *Comparative study on the situation in the 27 Member States as regards the law applicable to non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality.* JLS/2007/C4/028. Final Report (http://ec.europa.eu/justice/doc_centre/civil/studies/doc/study_privacy_en.pdf)

¹¹⁸⁵ http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/juri/dv/836/836983/836983_en.pdf

¹¹⁸⁶ En este sentido, puede verse la remisión *-sine die* -que se hace en el Informe del Parlamento, de 29 de junio de 2010, sobre la aplicación y revisión del RBI, cuando se trata la cuestión de los fueros de competencia en los litigios sobre derechos de la personalidad (Considerando Q). Texto disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2010-0219&language=ES>

en este trabajo habrá que valorar las circunstancias actuales, exponer los problemas prácticos que genera el sistema vigente, así como las posibles soluciones, que van desde las propuestas de revisión del RRII para armonizar la materia -desde la perspectiva conflictual-, hasta una potencial armonización material intracomunitaria¹¹⁸⁷.

D) Repercusión de la Directiva sobre comercio electrónico en la concreción del Derecho aplicable

18. Dentro del ámbito coordinado por la *DCE*¹¹⁸⁸ opera obligatoriamente una regla que puede incidir en la concreción del Derecho aplicable en esta materia: el criterio del Estado de origen. Este criterio se configura como principio de aplicación obligatoria que se traduce en el control de origen y en la prohibición de restricción de la libertad de prestación de servicios -recogidos en el art. 3 *DCE*¹¹⁸⁹, cuando se trate de cuestiones que integren el ámbito coordinado. En consecuencia, el concepto de ámbito coordinado¹¹⁹⁰ resulta esencial para la interpretación de esta norma y la concreción del alcance de la ley de origen¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁷ Vid. Cap. VI. Perspectivas de evolución.

¹¹⁸⁸ Según el considerando 8º de la *DCE*, que preside el marco de acción coordinado para esta norma. Vid. Parlamento Europeo (Directorate-General for Research), "Private International Law. Electronic Commerce- Country of Destination Principle", *Working Paper, Legal Affairs Series*, Luxemburgo, 2001, p. 20. Sobre el proceso de elaboración y análisis de esta norma comunitaria previa a su incorporación en el ordenamiento español vid, J. M. Díaz Fraile, "El comercio electrónico: Directiva y proyecto de Ley española de 2000 (crónica de su contenido, origen, presupuestos y proceso de elaboración)" *Actualidad Civil*, no 2, enero 2001, pp. 31-58; *Id.* "Comentarios a la Directiva y Proyecto de Ley español de comercio electrónico de 2000. Contenido y proceso de elaboración», *RCDI*, enero, 2001, pp. 81-122.

¹¹⁸⁹ Art. 3.2 " Los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado"

¹¹⁹⁰ Ya que el alcance armonizador de la *DCE* es limitado. Una visión de conjunto de esta norma comunitaria puede verse en A. López-Tarruella Martínez, "A European Community Framework for Electronic Commerce", *CMLRev*, vol. 38, 2001, pp. 1337-1384, en especial pp. 1340-1382 y M. Antoine, "L'objet et le domaine de la Directive sur le commerce électronique", *AAVV, Le commerce électronique européen sur les rails?*, Bruselas, 2001, pp. 1-29.

¹¹⁹¹ Vid. P.A. de Miguel Asensio, "Directiva sobre el comercio electrónico: determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas", *Revista de la contratación electrónica*, Núm. 20, octubre 2001, pp. 3-40, en esp. pp. 17- 19, donde se analiza pormenorizadamente las operaciones transfronterizas que caen dentro y fuera del ámbito coordinado de la *DCE*, y, en consecuencia, se

La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información es una de las cuestiones incluidas en el ámbito coordinado de la *DCE* (art. 2 letra h) inciso i)¹¹⁹². En principio, nada hace pensar que la posible responsabilidad de los prestadores en supuestos de lesión de derechos de la personalidad queda excluida del ámbito coordinado de la Directiva. Pues no establece precisión alguna al respecto la norma comunitaria, como sí ocurre en otras materias relacionadas: como es el caso del tratamiento de datos personales. En su considerando 14 la *DCE* precisa que “su aplicación y ejecución debe respetar plenamente los principios relativos a la protección de datos personales, en particular en lo que se refiere a las comunicaciones comerciales no solicitadas y a la responsabilidad de los intermediarios (...)”. De tal manera que estas cuestiones quedan fuera del ámbito coordinado de la *DCE*, reglamentándose por las disposiciones de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos¹¹⁹³ y la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas)¹¹⁹⁴.

encuentran limitadas por el control de origen y la prohibición de restricción de la libertad de prestación de servicios establecida en la norma. También, puede verse, Ma A. Martín Reyes, “Los servicios de la sociedad de la información: Ámbito coordinado y sujetos de los mismos”, Sección Doctrina, *Revista de Contratación Electrónica*, Núm. 41, Septiembre 2003 (<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/sociedad-aambito-coordinado-sujetos-mismos-190845>); *id.* “Marco regulador de la actividad internacional de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en *Cuestiones actuales de Derecho y tecnologías de la información*, Navarra, pp. 298-319, en esp. pp. 307 y ss.

¹¹⁹² “El ámbito coordinado se refiere a los requisitos que debe cumplir el prestador de servicios en relación con: - el inicio de la actividad de un servicio de la sociedad de la información, como los requisitos relativos a cualificaciones, autorizaciones o notificaciones; -el ejercicio de la actividad de un servicio de la sociedad de la información, como los requisitos relativos al comportamiento del prestador de servicios, los requisitos en relación con la calidad o el contenido del servicio, incluidos los aplicables a publicidad y contratos, o los requisitos relativos a la responsabilidad del prestador de servicios”.

¹¹⁹³ DO L 281 de 23.11.1995, p. 31.

¹¹⁹⁴ DO L 201/37 de 31.7.2002.

En consecuencia, si no se ha excluido expresamente del ámbito coordinado la cuestión de la responsabilidad de los intermediarios cuando en el ejercicio de la prestación de sus servicios se lesionan derechos de la personalidad, parece claro que esta cuestión sí cae dentro del ámbito de coordinado¹¹⁹⁵. Además esta conclusión viene reforzada, aunque no resulte de aplicación a esta materia, por la postura que el RRII ha adoptado en cuanto a su interrelación con el resto de disposiciones comunitarias. En este sentido puede decirse que la *DCE* tiene carácter prioritario –u obligatorio en relación con los supuestos que caigan dentro de su ámbito coordinado- respecto de la aplicación del RRII, lo que vendría determinado por el considerando 35 párrafo segundo¹¹⁹⁶ del Preámbulo del Reglamento as como por su art. 27¹¹⁹⁷.

19. En síntesis, no hay duda alguna en cuanto a la inclusión de la responsabilidad de los prestadores de servicios dentro del ámbito coordinado de la Directiva, con independencia de la causa que genere dicha responsabilidad -pues no incide en su aplicación la naturaleza del daño-¹¹⁹⁸. Si bien, dentro de los litigios por

¹¹⁹⁵ Pues si se hubiera querido excluir lo habría hecho, como así lo hizo en materia de datos personales. Además esta postura se ha ratificado por las conclusiones del TJUE en el asunto *eDate Advertising* (C-509/09, *loc. cit.*), en el que se precisa el alcance y funcionamiento del criterio de origen de la Directiva en un supuesto donde el demandante solicitaba una acción de cesación contra el demandado - la Sociedad *eDate Advertising* que gestionaba un portal de Internet donde se publicó una información lesiva de sus derechos de la personalidad-. La medida de cesación sería válida si se aplicara el criterio de origen (Derecho austriaco) no así si se aplicara el Derecho material al que remite el sistema de DIPr alemán (el Derecho alemán). El Tribunal de Justicia determinó la aplicación de este criterio como correctivo del Derecho material aplicable, sin que estableciera límite alguno a éste en función de la particularidad del bien jurídico lesionado -un derecho de la personalidad-.

¹¹⁹⁶ “El presente Reglamento no debe perjudicar la aplicación de otros instrumentos que establezcan disposiciones destinadas a contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, en la medida en que no puedan aplicarse junto con la ley designada por las normas del presente Reglamento. La aplicación de las disposiciones de ley aplicable determinadas por las normas del presente Reglamento no debe afectar a la libertad de circulación de bienes y servicios regulada por los instrumentos comunitarios, como la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) ”.

¹¹⁹⁷ “El presente Reglamento no afectará a la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen los conflictos de leyes relativos a las obligaciones extracontractuales ”.

¹¹⁹⁸ Y en consecuencia, la aplicación de los límites derivados de los apartados 1 y 2 del art. 3 de

daños a los derechos de la personalidad, se plantea la cuestión de si está o no incluida dentro del ámbito coordinado la determinación de si alguien –distinto de un prestador de servicios de la sociedad de la información- es responsable por supuestos de difamación en la red -o de otras lesiones de derechos de la personalidad-. Esto es, si resulta de aplicación o no la regla o criterio de origen de la Directiva cuando se trata de dirimir la posible responsabilidad por daños causados por las actividades de un usuario utilizando los servicios *online*. La finalidad que con esta Directiva se persigue: impedir obstáculos jurídicos injustificados a la libre prestación de servicios en el ámbito del mercado interior¹¹⁹⁹, justifica que se aplique este criterio de origen a la posible responsabilidad de los prestadores en el ejercicio de su actividad profesional, no así a la posible responsabilidad extracontractual en la que puedan incurrir los usuarios utilizando esos servicios *online*. En este sentido, parecería que no estuviera justificada la aplicación de este criterio, ya que no incide en la posible responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, sino en la de los particulares por sus actividades en la red -lo que parece que queda fuera del ámbito de coordinación de la Directiva por razones obvias¹²⁰⁰-. En consecuencia, parece que la lógica permite concluir que el criterio de origen en un supuesto litigioso de esta naturaleza resultaría de aplicación para dirimir la posible responsabilidad del prestador de servicios de la sociedad de la información, pero no así para la concreción de la responsabilidad del usuario del servicio *online* por daños en los derechos de la personalidad de otro

la DCE. No obstante, según sentencia dictada en el asunto *G v. Cornelius de Visser (loc. cit.)* la DCE no se aplica cuando se desconoce el lugar de establecimiento del prestador de servicios de la sociedad de la información, puesto que la aplicación de esta disposición está supeditada a la identificación del Estado miembro en cuyo territorio está efectivamente establecido el prestador de que se trate (aps. 71 y 4º del fallo, y en los mismos términos, sentencia *eDate Advertising, loc. cit.*, ap. 68). De tal manera que en esos casos el Derecho material aplicable según la norma de conflicto operativa será el que establezca los requisitos exigibles al ISP en cuestión.

¹¹⁹⁹ Que impidan el libre desarrollo del comercio electrónico intracomunitario.

¹²⁰⁰ Ya que como ha reiterado el Tribunal de Justicia las disposiciones comunitarias deben realizarse no sólo teniendo en cuenta su tenor, sino también su contexto y objetivos perseguidos por la normativa de la que forman parte. Véase SSTCE de 19 de septiembre de 2000, C-156/98, *Alemania/Comisión*, apartado 50 (Rec. P. I-6857); de 7 de diciembre de 2006, C-306/05, *SGAE*, apartado 34, Rec. P. I-1519 y de 7 de octubre de 2010, C-162/09, *Lassal*, apartado 49, Rec. P. I-0000; y más recientemente -en particular en relación con la aplicación del criterio 3.2 DCE- Sentencia *eDate Advertising (loc. cit.)* apartado 54.

sujeto/s¹²⁰¹. En definitiva, la clave estaría en determinar quién es prestador de servicios de la sociedad de la información¹²⁰².

20. Una vez que se establezca la aplicación de la Directiva en el asunto concreto - o en un aspecto concreto del litigio- es necesario precisar cómo funciona el control de origen y la prohibición de restricción de la libertad de prestación de servicios prescrita en la Directiva. En este sentido, el texto del art. 3.2 *DCE* plantea ciertas cuestiones interpretativas que van a ser esenciales para su aplicación¹²⁰³. La falta de claridad de la *DCE*, en lo que respecta a la determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas que recaigan dentro de su ámbito de aplicación, se ha manifestado en las disposiciones nacionales de incorporación de la directiva a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Esta circunstancia se ha traducido en importantes dudas sobre el alcance del criterio del Estado de origen y “su interacción con las normas generales sobre determinación de la ley aplicable”¹²⁰⁴. En el caso español la incorporación de la *DCE* se realizó a través de la *LSSI*¹²⁰⁵. La reglamentación que la *LSSI* realiza de la materia es confusa, ya que la propia delimitación de su ámbito territorial no resulta sencilla, lo que unido a su imprecisión en cuanto a su aplicación a las actividades transfronterizas, a las propias deficiencias de la *DCE* y la distinta naturaleza de las normas en ella contenidas (tanto de carácter administrativo como de

¹²⁰¹ En este sentido, la doctrina del Tribunal de Justicia es clara al establecer que la parte dispositiva de un acto de la Unión no puede dissociarse de los motivos que han llevado a su adopción. *Vid.* STCE de 29 de abril de 2004 C-298/00, Italia/Comisión, apartado 97, Rec. P. I-4087; sentencia *Lassal* (*loc cit.*) apartado 50, y sentencia *eDate Advertising*, apartado 55.

¹²⁰² *Vid.* P. A. de Miguel Asensio, *Derecho privado...*, *ob. cit.*, Capítulo segundo.

¹²⁰³ *Vid.* M. Desantes Real, “La Directiva sobre el comercio electrónico. Mercado interior y servicios financieros de la sociedad de la información”, R. Mateu de Ros, J. M. Cendoya (coords.) *Derecho de Internet*, Navarra, 2000, pp. 323-338, en esp. pp. 335-336. El tenor literal de la *DCE* se ha calificado por un sector amplio de la doctrina como poco clarificador, en particular en lo que respecta a la determinación de normativa aplicable a las actividades transfronterizas, lo que ha planteado incluso dudas sobre su validez a este respecto, *Vid.* O. Cachard, “Le domaine coordonné par la Directive sur le commerce électronique et le droit international privé”, *RDAl/IBLJ*, 2004, pp. 161-179, en esp. p. 177.

¹²⁰⁴ *Cf.* P. A. de Miguel Asensio, “Marco regulador...”, *loc. cit.*, p. 304.

¹²⁰⁵ Sobre el ámbito de aplicación de la *LSSI*, sin referencia expresa a su ámbito espacial y su incidencia a las actividades transfronterizas, véase, M. López-Monis Gallego, “Ámbito de aplicación de la nueva *LSSI*”, AAVV, *Derechos de Internet (La LSSI)*, Navarra, 2003, pp. 25-64.

Derecho privado), complican la delimitación de su ámbito de aplicación¹²⁰⁶.

El principal problema de interpretación que surge en torno a esta disposición se refiere a su posible consideración como norma de conflicto¹²⁰⁷. Y si fuera ese el caso, se plantean otras cuestiones relacionadas con su eventual naturaleza conflictual: la principal sería determinar cuál es su posición respecto de las normas conflictuales del foro. Dos son las posibilidades que en este sentido se barajan: bien considerar que es prioritaria sobre las normas conflictuales del foro o, por el contrario, considerarlo como un límite o correctivo posterior al Derecho material al que remitiera la norma de conflicto. Así mismo, eventualmente también cabría plantearse la posibilidad un reenvío de primer grado que permitiera la aplicación de la ley del foro -si así lo establecieran las normas de conflicto del Derecho del Estado de origen¹²⁰⁸-. Precisamente estas cuestiones en particular son las que se plantearon como cuestiones prejudiciales al TJUE (asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10)¹²⁰⁹, las cuales han sido concretadas por el Tribunal en la reciente sentencia de 25 de octubre de 2011 (*eDate advertising*). Las conclusiones de esta resolución resultan interesantes por que afectan, de manera particular, a los supuestos de lesiones de derechos de la personalidad por publicación de

¹²⁰⁶ *Ibidem*.

¹²⁰⁷ En este sentido, *vid.* P. A. de Miguel Asensio “Directiva sobre el comercio electrónico...”, *loc. cit.*, pp. 19- 26. donde analiza si la aplicación de la ley del Estado de origen impuesta por la Directiva en el ámbito coordinado puede considerarse como una respuesta conflictual. Para lo que concluye que aun siguiendo el tenor literal de la norma -en especial el párrafo 23 del Preámbulo de la Directiva que se reproduce en lo sustancial en el art. 1.4º- no constituye un norma de conflicto -lo que posteriormente ha sido ratificado por STJUE asunto *eDate Advertising*- en la práctica este principio puede funcionar como tal: sustituyendo a la norma de conflicto aplicable (pp. 24-26). *Id.*, “Marco regulador de la actividad internacional...”, *loc. cit.*, en esp. pp. 307 y 308 (donde se analiza las dos posturas doctrinales que se barajaron cuando se publicó la Directiva en cuanto a su posible naturaleza conflictual), y pp. 309 y 210, donde concluye el carácter no conflictual del criterio de origen.

¹²⁰⁸ Aunque esta posibilidad -de cualquier tipo de reenvío- fue descartada por cierta doctrina nacional e internacional -fundamentalmente- desde la publicación de la Directiva, en atención al art. 3.1 DCE -Disposiciones nacionales aplicables-. En este sentido, las normas relevantes del país de origen - de establecimiento del prestador de servicios- son únicamente las normas materiales, sin consideración de la remisión que sus normas de DIPr puedan hacer a otras legislaciones -incluso si fueran de países comunitarios-. *Vid.* P. A. de Miguel Asensio, “Marco regulador de la actividad internacional...”, *loc. cit.*, pp. 308 y ss. y toda la doctrina alemana en él referida.

¹²⁰⁹ *Loc. cit.* . En particular la tercera de las cuestiones prejudiciales planteadas en el asunto C-509/09.

contenidos en Internet a través de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. En particular, el demandante solicitaba una acción de cesación contra el demandado -la Sociedad austriaca *eDate Advertising*- que administraba el portal de Internet donde se publicó la información lesiva de sus derechos de la personalidad (asunto C-509/09). La medida de cesación sería válida si se aplicara el criterio de origen entendido como norma de conflicto -lo que supondría aplicar el Derecho austriaco a tal medida-, pero no lo sería si se aplicara el Derecho material al que remite el sistema de DIPr. del foro (el Derecho alemán). En lo que respecta a su posible consideración como norma de conflicto el Tribunal niega esa posibilidad (67 y punto 2º del Fallo) –en consecuencia, no se plantea la eventual presencia de un reenvío de primer grado-. Si bien, precisa que dentro del ámbito coordinado los Estado miembros deben garantizar que los prestadores de servicios *online* no estarán sujetos a requisitos más estrictos que los previstos en el ordenamiento jurídico material del Estado miembro de establecimiento del prestador en cuestión. No se trata de conseguir una armonización de las normas materiales de los Estados miembros, pero sí de asegurar que dentro de ese ámbito coordinado la libre circulación de servicios se garantiza plenamente (§§ 57 y 65). Por lo que las normas imperativas de la Directiva se traducen en la práctica en un control *a posteriori* del ordenamiento jurídico que resulte aplicable al fondo –para el caso de que sea más restrictivo que el ordenamiento del Estado de origen¹²¹⁰-. Esta conclusión aplicada al caso de referencia supone que el tribunal remitente -en el asunto C-509/09- presumiblemente acudirá a sus sistema de DIPr para determinar la ley aplicable a la acción de cesación solicitada, esto es, al Derecho alemán, lo que supone que -tal y como se establecía en la solicitud de la cuestión prejudicial remitida- la medida no es admisible (lo que en la práctica no tiene mucha relevancia, ya que la *web* donde se publicó el contenido lesivo -gestionada por la demandada *eDate*- ya lo había retirado antes de que llegara la cuestión al Tribunal de Justicia).

21. El mandato del art. 3.2 *DCE* -para su incorporación en los ordenamientos nacionales¹²¹¹- no se traduce en la necesaria previsión de una norma de conflicto que

¹²¹⁰ Esto es, el Estado miembro de establecimiento del prestador de servicios.

¹²¹¹ La determinación de la normativa aplicable a las actividades desarrolladas en Internet según la Directiva no es una cuestión nada clara; lo que ha dado lugar a distintas posiciones enfrentadas. Aunque sí que existe una postura común al respecto, y es que –la Directiva sobre este particular, adolece de una falta de coherencia interna. Cf. P. North, “Private International Law: Change or Decay”, *ICLQ*,

establezca con carácter general la aplicación del país del establecimiento cuando el prestador de servicios se encuentre establecido en un Estado miembro. Es decir, esta norma no exige una solución conflictual que determine la ley aplicable a las actividades del prestador de servicios, sino lo que impone es la no aplicación de las normas de Derecho aplicable –según el sistema de DIPr- que sean restrictivas de la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro dentro del ámbito coordinado¹²¹². En consecuencia, este límite opera como un correctivo -una vez localizado el ordenamiento jurídico aplicable,- con independencia de la norma de conflicto utilizada por el foro (ya sea comunitaria o -como en esta materia- de origen autónomo, esto es la norma del 10.9 Cc).

En los litigios sobre derechos de la personalidad esta limitación va a incidir en todas aquellas cuestiones que van a venir reguladas por la ley aplicable a la responsabilidad (como son, la propia existencia del ilícito, quién es el legitimado activamente para reclamar, qué se puede reclamar, las medidas de tutela que puede adoptar la víctima –acciones-, frente a quién/es podrán ejercitarse, el régimen de responsabilidad, las causas de exoneración de responsabilidad, etc.). En definitiva, cuando el litigio intracomunitario sobre derechos de la personalidad caiga dentro del ámbito coordinado¹²¹³ el Derecho aplicable podría verse corregido por el Derecho del Estado de origen –del establecimiento del prestador de servicios-. Es el caso, por ejemplo, de los litigios por difamación en la red cuando el prestador de servicio utilizado para la publicación o difusión del contenido lesivo esté localizado en un Estado miembro. Aunque en estos casos, si el Derecho aplicable a la responsabilidad concretado por el sistema de DIPr es más restrictivo -o tuitivo con la víctima- que la ley del Estado de origen, eventualmente el tribunal del foro podría acudir al recurso del orden público para impedir la aplicación de aquella, si es que la aplicación de ese criterio conllevara la desprotección de un derecho tutelado en su propio ordenamiento¹²¹⁴.

vol. 50, 2001, pp. 477-508, en particular, p. 505.

¹²¹² Vid. M. Desantes Real, “La Directiva sobre el comercio electrónico...”, *loc. cit.*, pp. 335-336 y P. A. de Miguel Asensio, “Directiva sobre el comercio...”, *loc. cit.*,

¹²¹³ Como es el caso de la acción ejercitada por la víctima frente al prestador de servicio de la sociedad de la información para dirimir su responsabilidad en la comisión del daño.

¹²¹⁴ Por los distintos estándares de tutela de los derechos de la personalidad entre los sistemas

En cualquier caso, al margen del posible recurso al orden público por el foro que impidiera la aplicación de la ley del Estado de origen, siempre podría apreciarse por el tribunal del foro alguna de las excepciones a este principio tasadas por la propia norma (art. 3.4º *DCE*)¹²¹⁵. En particular, en esta materia podrían adoptarse medidas por el Estado del foro para la prevención, investigación, descubrimiento y procesamiento del delito relativo a violaciones de la dignidad humana de personas individuales.

2.-) Aplicación de norma de fuente interna: artículo 10.9 Cc

22. En ausencia de norma específica de conflicto, para determinar la ley aplicable a las obligaciones derivadas de las violaciones a los derechos de la personalidad en el sistema de DIPr español existen varias soluciones o aproximaciones¹²¹⁶. La tesis preponderante – y la que se va a seguir- es la que considera que la infracción de los derechos de la personalidad conlleva una responsabilidad extracontractual¹²¹⁷. Esta postura se fundamenta en dos elementos. Primero, porque este tipo de derechos no tienen contenido positivo, en el sentido de que únicamente otorgan a su titular facultades en el caso de que sean conculcados o al menos puestos en peligro, al igual que ocurre con los ilícitos no contractuales¹²¹⁸ -sin perjuicio de las acciones preventivas-. En segundo lugar, porque las normas que tutelan los derechos de la personalidad no cumplen simplemente una función resarcitoria de los daños causados,

jurídicos, derivados fundamentalmente por la relación de éstos con otros derechos o libertades fundamentales y su distinto tratamiento.

¹²¹⁵ Salvo la excepciones permitidas en el art. 3.4º *DCE* si se dan todos los requisitos previstos.

¹²¹⁶ Vid. P. Abarca Junco, “El derecho a la intimidad...”, *loc. cit.*, pp. 19-27; sobre las teorías más aceptadas al respecto con referencias bibliográficas, véase, J. Carrascosa González, “Circulación internacional de datos personales informatizados y la Directiva 95/46/CE”, *Actualidad Civil*, núm. 23, 2-8 junio 1997, pp. 509-539;

¹²¹⁷ Vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado, ob.cit.*, pp. 555-557 y 565-568.; y M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil...*, *ob. cit.*, pp. 194-195 (respecto de los fueros de competencia judicial internacional a la luz del RBI); lo que contrasta con la postura existente en el DIPr francés e italiano, donde la cuestión suele someterse a la ley personal del sujeto presuntamente lesionado (Vid., T. Ballarino, *Internet nel mondo Della...*, *ob. cit.*, pp. 211-212), y esto supone la aplicación de una única ley en estos supuestos, totalmente previsible por todos los implicados.

¹²¹⁸ Cf. G. Ballardore-Pallieri, *Diritto internazionale privato*, Milán, 1974, p. 138.

sino que establecen las reglas de comportamiento que vinculan a todos los sujetos que operan en el sector concreto de la vida social: aquél donde la comunicación/la información y los derechos de la personalidad interactúan¹²¹⁹. En consecuencia, cuando el tribunal del foro sea español la norma de conflicto que debe operar para la protección de los derechos de la personalidad será la prevista para concretar el Derecho aplicable a la responsabilidad extracontractual; con independencia del medio utilizado para llevar a cabo el daño.

23. La irrupción en este campo de obligaciones extracontractuales de las nuevas tecnologías, no incide en su consideración como tales ni en su tratamiento. Internet actualmente se perfila como una fuente potencial de ilícitos civiles, en tanto que es un medio de comunicación y publicación al alcance de cualquier persona que cuente con un ordenador y una conexión a la red¹²²⁰. Es indudable que este marco de actuación cuenta con numerosas peculiaridades que marcan una clara diferencia con los demás medios de comunicación tradicionales. No obstante, esto no impide que la normativa reguladora de los actos ilícitos de responsabilidad generados en este entorno sea –con carácter general- la de la responsabilidad civil. En el caso de España serían los artículos 1902 y ss. (y art. 1.101 y siguientes) del Código Civil, siempre con carácter supletorio en defecto de normativa específica en la materia (LO 1/82). De tal forma que toda la regulación existente en materia de protección, definición, contenido y límites de los derechos que pueden verse afectados en la red (como son los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las libertades de comunicación: expresión/información) resultarán de aplicación aun con todas las especificidades que muestra Internet¹²²¹. En este sentido, respecto de los posibles ilícitos civiles contra los derechos de la personalidad en la *web*, resulta especialmente relevante la normativa específica contenida en la LO1/82 -fundamentalmente los artículos 7 y 9- respecto de la protección

¹²¹⁹ Vid. Y. Loussouarn y P. Bourel, *Droit international privé*, 7a ed., París, 2001, pp. 297-298.; P. Mayer, *Droit international privé*, París, 1998, pp. 338 y 448-449.; P. Bourel, “Nota a la Sentencia de la Cour Cassation de 13 de abril de 1988”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1989, pp. 546-554, y entre la doctrina española, L. Garau Juaneda, “Las fuentes españolas...”, *loc. cit.*, p. 449 y P. Abarca Junco, “El derecho a la intimidad...”, *loc. cit.*, pp. 19-27.

¹²²⁰ Vid. P. de Miguel Asensio, *Derecho Privado...*, *ob.cit.*, pp. 156-164.

¹²²¹ Cf. M. L. Fernández Esteban, *Nuevas Tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, Madrid, 1998, p. 98; y más recientemente, P. de Miguel Asensio, *Derecho Privado...*, *ob. cit.* pp. 157-160 y 164-70.

de los derechos al honor e intimidad frente a intromisiones ilegítimas (que es la regulación específica que se aplicará con independencia del medio utilizado para cometer la intromisión), así como la normativa en materia de protección de datos personales de la LOPD¹²²². Todo ello, sin perjuicio de otros importantes sectores que pueden generar responsabilidad civil por actividades en Internet, fundamentalmente, propiedad industrial –competencia desleal- y propiedad intelectual¹²²³.

Además, desde el punto de vista del Derecho sustantivo, como regla general (al igual que ocurre en los demás supuestos), para que se genere la responsabilidad civil -y sea exigible- por actividades desarrolladas en Internet es necesario que concurran una serie de elementos típicos: comportamiento lesivo (acción u omisión) que genere un daño cierto -patrimonial o moral, que sea presente o futuro-, que exista un nexo causal entre el comportamiento agente y el daño causado, y un criterio de imputación de la responsabilidad. En consecuencia, ha de concluirse necesariamente que el hecho de que muchos de los derechos de la personalidad puedan violentarse en la red no cambia las reglas de DIPr. aplicables pues es un supuesto más de obligaciones extracontractuales¹²²⁴.

24. Una vez concretado que el sector al que pertenecen los posibles litigios derivados de violaciones a los derechos de la personalidad es el de la responsabilidad extracontractual, el tribunal español deberá localizar la norma de conflicto prevista en el sistema de DIPr para las obligaciones extracontractuales. Como consecuencia de la exclusión de la materia de la norma unificada comunitaria¹²²⁵ y dada la ausencia de cualquier otro instrumento internacional aplicable, habrá que acudir al sistema de DIPr. de fuente interna para localizar dicha norma de conflicto. En caso de España la solución de ley aplicable sería la contenida en el art. 10.9 Cc., que es la que determina la ley

¹²²² Cuyo artículo 19 se encarga de regular el derecho a indemnización para el titular de los datos personales.

¹²²³ Vid. P. de Miguel Asensio, *Derecho privado...*, op. cit., pp. 156-157, ya específicamente respecto de competencia desleal, Cap. IV (pp. 356 -426); sobre los derechos de propiedad industrial, Cap. V (pp. 432- 602), y en relación con los derechos de propiedad intelectual, Cap- VI (pp. 611- 795).

¹²²⁴ Esta postura resulta unánime entre la doctrina. Al respecto, Vid. K. Boele-Woelhi, C. Kessedjian, *Internet. Which Court Decides? Which ...*, ob. cit. y S. Bariatti, “Internet, aspects relatifs aux conflicts de lois”, *RDIPP*, 1997, pp. 545-556.

¹²²⁵ Art. 1.2g) RRII.

aplicable estatuto delictual¹²²⁶.

Ya que se dejó pasar la oportunidad de consagrar la ley de residencia habitual de la víctima como regla general en la materia –reiteradamente reclamada por la doctrina nacional¹²²⁷–, la única solución de ley aplicable con la que cuentan los tribunales españoles en este tipo de litigios es la contenida en el art. 10.9 Cc.: “la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven”. Esta preeminencia absoluta de la regla *lex loci delicti*, sin distinción alguna en función de la materia o de las circunstancias del caso¹²²⁸ en el sistema español, contrasta con otras interesantes posibilidades por las que otros sistemas de DIPr nacionales han optado utilizando este mismo criterio como regla de base. En este sentido, pueden referirse –entre otros– los artículos 38-46 de la Ley de Introducción al Código Civil alemán (EGBGB). En estos preceptos –incorporados al Código civil alemán en el año 1999–, aunque se utiliza la misma fórmula que el legislador español (*lex loci delicti*) se hace de una forma más matizada, ya que se ofrece una respuesta específica para los ilícitos transfronterizos: la aplicación del Derecho del Estado en que actuó el sujeto obligado a indemnizar, a no ser que el perjudicado solicite la aplicación del Derecho del Estado en que sobrevino el resultado. Del mismo modo, este punto de conexión territorial se prevé que deviene inaplicable en una serie de supuestos: si las partes han pactado la aplicación de otro ordenamiento jurídico, si ambos poseen residencia habitual en el mismo Estado o si existe un vínculo considerablemente más estrecho con el derecho de otro Estado¹²²⁹.

25. En esta materia, el sistema de DIPr español –en el sector del Derecho aplicable¹²³⁰– no resulta del todo satisfactorio por varias razones. Por un lado, para

¹²²⁶ El art. 10.9 I Cc mantiene una aplicación residual en supuestos de responsabilidad por daños derivados de conflictos de leyes internos (el art. 25.2 RRII los excluye) y en los conflictos de leyes internacionales en materias excluidas del ámbito de aplicación del RRII. Sobre la interacción entre estas dos normas conflictuales por los tribunales españoles, *Vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado, ob. cit.*, pp. 566- 567.

¹²²⁷ Entre otros *vid.* M. Eslava Rodríguez, *La protección civil...*, *op. cit.* p. 146; y más recientemente M. Amores Conradi, E. Torralba Mendiola; “XI Tesis...”, *loc. cit.*, pp. 21-25 y 32.

¹²²⁸ Lo que puede llevar a soluciones injustas desde el punto de vista de la justicia material.

¹²²⁹ Véase K. Fach Gómez, “La nueva regulación de las obligaciones extracontractuales y el derecho de cosas en Derecho Internacional Privado alemán”, *REDI*, 1999, pp. 287-295.

¹²³⁰ Al igual que ocurría en el sector de competencia judicial internacional.

precisar conforme a qué Derecho sustantivo se va a resolver la pretensión resarcitoria y/o cesatoria el juez del foro sólo dispone del artículo 10.9 Cc.¹²³¹. Este precepto establece que “las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven”. Junto con la excesivamente amplia terminología utilizada por el precepto, resulta igualmente criticable lo simplista de la solución prevista. El tenor literal de esta norma ha sido criticado por la doctrina, particularmente por la excesiva generalidad de la categoría utilizada -“obligaciones no contractuales”, que resulta excesivamente amplia-. La redacción de este artículo choca con la tendencia seguida por otros ordenamientos nacionales a la hora de reglamentar la responsabilidad no contractual.

En el Derecho comparado puede apreciarse que se ha optado por la elaboración de una pluralidad de normas de DIPr que se aplicarán en función de las distintas categorías de “obligaciones no contractuales”. Por ejemplo, la ley federal suiza de Derecho internacional privado de 1987, muestra claramente esta concepción fragmentada o dividida por supuestos específicos de la responsabilidad extracontractual. En este cuerpo legal, los artículos 130 a 133 establecen unas reglas generales para el sector de los “actos ilícitos”, los artículos 134 a 139 reglamentan, respectivamente, las materias específicas de: accidentes de circulación por carretera, responsabilidad por daños por productos, concurrencia desleal, violaciones a la competencia, supuestos de contaminación transfronteriza e intromisiones en la personalidad¹²³². Este es un mero ejemplo, pero podrían darse otros que pongan de manifiesto la deficiencia normativa del sistema español en el campo de la responsabilidad extracontractual en general y, en particular, en materia de daños a los derechos de la personalidad. En este momento no se va a ir más allá, puesto que los problemas específicos que la solución de ley aplicable prevista en el sistema español genera en los litigios sobre obligaciones derivadas de este tipo de daños se tratan en un apartado específico.

26. Es posible realizar justificadas críticas a la solución legislativa de base

¹²³¹ Ante la total ausencia de norma conflictual internacional en la materia, ya sea comunitaria (hay que recordar que el art. 1.2 del RBII lo excluye expresamente de su ámbito de aplicación) o extra comunitaria o de Convenio internacional de Derecho material.

¹²³² Vid. B. Dutoit, *Droit international privé suisse: Supplément à la 4e édition du Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4a ed. revisada, 2005, Basilea, pp. 362-409.

consagrada en el sistema de DIPr español. Para sustentar esta afirmación han de analizarse los posibles problemas que en el contexto práctico puede plantear la aplicación de la regla del art. 10.9 CC para los litigios sobre obligaciones extracontractuales derivadas de daños a los derechos de la personalidad. Los problemas interpretativos del 10.9 Cc. se han puesto de manifiesto reiteradamente por la jurisprudencia nacional, ahora bien, la mayoría de estas críticas se han referido a otras materias del ámbito de la responsabilidad extracontractual pero no en lo que respecta a esta materia – donde es realmente muy escasa y además fundamentalmente referida a problemas de competencia judicial internacional¹²³³ y no sobre Derecho aplicable-. La desatención jurisprudencial y la escasez reguladora que se observan en el sistema español en esta materia, reclama la adopción de medidas efectivas que permitan una seguridad jurídica suficiente, más aun cuando se trata de bienes jurídicos de carácter fundamental. Precisamente la incidencia de derechos fundamentales podría condicionar la respuesta que ha de darse, y en este sentido se ha llegado a proponer la adopción una norma de conflicto de formulación unilateral para garantizar que la protección de estos derechos en el territorio español se realice conforme al Derecho español¹²³⁴. Esta particular aproximación del problema no es nueva en el sistema español, pues ya existen normas de conflicto de formulación unilateral para la protección de otros derechos de naturaleza igualmente inmaterial, como es el caso de la norma contenida en el art. 10.4 Cc para la protección de los DPI en el territorio español. Si esta norma está justificada, también cabría adoptar una norma en términos similares para unos derechos como estos de carácter fundamental.

No obstante, esta afirmación tan contundente –la protección de los derechos de la personalidad en el territorio español se realizará según el Derecho español- debe ser matizada. Pues la interpretación de esta regla no debería traducirse en que todas las obligaciones extracontractuales derivadas de actos lesivos de alguno de estos derechos queden obligatoriamente sometidas al ordenamiento español cuando se manifiesten dentro de la jurisdicción. Sino que lo que habría de garantizarse es que la determinación

¹²³³ Cabe destacar, entre otras, la STS de 2 de junio de 1999, RJ 1999/4120; SAP Baleares (Secc. 3a) 771/2000, de 27 de noviembre; y más cercana SAP Las Palmas (Secc. 3a) 23/2004, de 20 de enero.

¹²³⁴ Vid. M. Amores Conradi, “Art. 10.9º”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, (Dir. J. Albaladejo/S. Díaz Alabart), Madrid, 1991, p. 758.

de la licitud o ilicitud de la comunicación o información respecto de la presunta víctima fuera conforme con el tratamiento de la CE de los derechos implicados –esto es, definición, contenido y límites-. Además, hay que tener en consideración que dicha definición debe ser acorde con la jurisprudencia del TEDH -por mandato del art. 10.1º CE¹²³⁵-. En consecuencia, el carácter fundamental de los derechos y libertades implicados en este tipo de litigios, debería condicionar la reglamentación de los aspectos que se derivan del comportamiento lesivo (como son: cuándo se debe reputar como ilegítimo, cuándo la víctima tiene el deber de soportar los daños causados a sus derechos, o -en sentido contrario- la posibilidad de exigir reparación o resarcimiento por los mismos). Todas estas cuestiones vienen determinadas en el ordenamiento español por normas que no pertenecen –estrictamente- al ámbito del Derecho privado y, en consecuencia, indisponibles por las partes; por lo que su aplicación no dependerá de la articulación de la norma del 10.9 I. Cc. (ni de cualquiera otra que la suceda –incluyendo la que pueda en un futuro establecerse en el RRII-). Y esta aproximación es aplicable a la mayoría de las jurisdicciones –dado que en la generalidad de sistemas nacionales estos derechos y libertades tienen reconocidos un carácter igualmente fundamental-. De todo lo anterior cabría concluir, en este aspecto, que difícilmente ningún tribunal llegue a un resultado diferente al que le permita su propio ordenamiento constitucional en lo referente al equilibrio entre los derechos de la personalidad y las libertades de comunicación (toda vez que el tribunal del foro siempre puede acudir a la cláusula general del orden público para, excepcionalmente, impedir la aplicación del Derecho extranjero localizado por su norma de conflicto, cuando el tratamiento de la materia no sea compatible con lo previsto en su sistema).

II.- Delimitación

1.-) Responsabilidad extracontractual y contractual

27. A la hora de determinar el Derecho aplicable a las lesiones de los derechos de la personalidad pueden plantearse supuestos en los que la localización de la norma de conflicto no sea una operación sencilla, puesto que en ciertos casos la delimitación de la posible responsabilidad entre extracontractual y contractual no siempre resulta sencilla.

¹²³⁵ El propio M. Amores Conradi matiza -en este sentido- su postura inicialmente planteada en “Difamación ...”; *loc. cit.* p. 256.

En términos generales, la responsabilidad que puede derivarse de una violación o lesión de alguno de los derechos relacionados con la personalidad puede ser contractual o extracontractual en función de las circunstancias y los sujetos intervinientes, en particular cuando entre los sujetos existe una relación jurídica previa. Esto supone que en este tipo de litigios lo primero que hay que hacer es delimitar qué tipo de responsabilidad genera la violación del derecho en cuestión por el tribunal del foro. Esta calificación condiciona la norma de conflicto aplicable y, en consecuencia, el Derecho que resolverá sobre el fondo del asunto. En este sentido puede hacerse referencia, en particular, a dos situaciones distintas en las que los derechos de la personalidad pueden verse implicados y la responsabilidad que pueda derivarse de su lesión debe previamente encajarse en una u otra categoría –para poder localizar la ley que reglamentará esa responsabilidad-. Se trata por un lado de supuestos en los que el titular del derecho de la personalidad haya realizado algún negocio jurídico sobre sus derechos y, por otro, de los contenidos (información íntima y personal) que un usuario vuelca voluntariamente en el entorno virtual –principalmente en las redes sociales *online*- guardando ciertas prevenciones de privacidad (restringiendo el acceso y uso de esa información privada e íntima)¹²³⁶.

28. Como ya se anticipó, en determinados ordenamientos jurídicos –como es el caso del sistema español pero de forma limitada- los sujetos pueden disponer de ciertos aspectos de los derechos relacionados con la personalidad que son de su titularidad. El alcance y límites de esa disposición, los requisitos y efectos son cuestiones que vendrán determinadas por la ley aplicable a ese negocio jurídico¹²³⁷. Partiendo de la validez de esos actos podría plantearse un supuesto en el que el titular del derecho sobre el que se dispone reclame al sujeto autorizado por daños en los derechos objeto del negocio. En este supuesto, lo primero que habría que dilucidar es si esa eventual responsabilidad que se reclama es o no contractual –dada la existencia previa de esa relación entre las partes sobre ese objeto-. Aunque podría parecer en principio sencillo, puede que no lo sea

¹²³⁶ Vid. G. Busseuil, “Le choix de la loi applicable au contrat électronique”, en S. Corneloup y N. Joubert (dirs.), *Le Règlement communautaire “Rome I” et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, París, 2011, pp. 397-419.

¹²³⁷ En caso de que fuera el sistema español el que resultara de aplicación será la LO 1/82 la que concrete estos extremos.

tanto, pues la sola existencia de un contrato entre las partes no se traduce necesariamente en que la materia deba calificarse como contractual y, en consecuencia, que la norma de conflicto aplicable sea la correspondiente a este tipo de responsabilidad¹²³⁸. Es posible que la reclamación se funde en el hecho de que la contraparte –el autorizado beneficiado del acto de disposición no titular del derecho- se hubiera extralimitado en cuanto a las facultades conferidas mediante contrato (o negocio jurídico de que se tratara), o incluso que hubiera hecho uso de facultades no conferidas (ausencia de consentimiento en vez de extralimitación en el poder concedido). En este último caso el carácter extracontractual de la posible responsabilidad parecería más claro, ya que se trataría de facultades que no fueron objeto de contrato. No así respecto del primero de los supuestos, ya que se trata de una extralimitación en las facultades conferidas sobre el objeto de disposición con lo que es posible hablar tanto de responsabilidad contractual como extracontractual. El alcance del círculo de intereses del contrato será el factor que determinen una u otra categoría de la responsabilidad lo que, a la luz de lo que las partes le faciliten, deberán realizar el tribunal del foro. El órgano juzgador deberá determinar si la causa de pedir entra dentro o no del círculo de intereses del contrato, lo que establecerá si se está ante una materia contractual o extracontractual.

29. Para poder localizar la norma de conflicto que va a permitir concretar el Derecho material aplicable a la eventual responsabilidad que se reclama es necesario, en primer lugar, delimitar cuál es el objeto del litigio, quiénes son las partes y cuál es la *causa petendi*. Todos estos elementos determinan el posible supuesto de hecho y, en definitiva, la norma conflictual de aplicación. En este sentido, el medio en el que se ha cometido el daño del que deriva el litigio puede resultar fundamental. Por ejemplo, si es el contexto virtual en el que se ha verificado el daño al derecho de la personalidad en el que se fundamenta la acción judicial, aparece un elemento nuevo a tener en consideración: los prestadores de servicios de la sociedad de la información. La utilización de los servicios *online* para la materialización del daño supone la posible coexistencia, al mismo tiempo, de varias relaciones entre distintos posibles intervinientes que han de diferenciarse necesariamente. De aquellas relaciones surgen distintas obligaciones que pueden incidir en este tipo de litigios. Ante la pluralidad de

¹²³⁸

Concretada por el RRI (art. 3 ó 4).

prestadores de servicios de la sociedad de la información que pueden concurrir en este tipo de supuestos –cumpliendo funciones distintas- se hace necesario acotar la cuestión por razones de espacio. Para delimitar el problema va a tomarse como punto de referencia las redes sociales¹²³⁹ como espacio en el que se pueden producir estos daños, dado el gran protagonismo que en los últimos tiempos están teniendo estos prestadores en este tipo de litigios¹²⁴⁰.

Cuando el soporte utilizado para cometer una violación o perjuicio a un derecho de la personalidad es una red social –como ya se anticipó- pueden distinguirse cuatro tipos de relaciones¹²⁴¹ de las que puede derivarse tanto responsabilidad extracontractual como contractual. Ahora bien, el problema de delimitación de la responsabilidad puede darse únicamente respecto de la relación –vertical- entre el prestador de servicios (la red social) y sus usuarios (pues en el resto de relaciones el carácter extracontractual de la eventual responsabilidad no plantea ningún género de duda). Así pues, cuando un usuario sufre una lesión en sus derechos de la personalidad como consecuencia de la actividad desarrollada por el prestador de servicios de la sociedad de la información, se plantea en primer lugar si esa potencial responsabilidad exigible debe calificarse como contractual debido a la relación jurídica que existe entre las partes. El usuario de los servicios *online* antes de poder disfrutar de aquellos debe suscribir de manera

¹²³⁹ *Social Networking Sites (SNS)*.

¹²⁴⁰ Dada importancia de estas empresas en el contexto actual, el último Congreso *AIDA* (*Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*), que hace ya el número XX, que se celebró el pasado 1 de octubre de 2011 en la Universidad de Pavía, se dedicó precisamente a los aspectos jurídicos de las redes sociales: Facebook et similia (profili specifici dei social network)". En este foro se realizó un análisis en profundidad desde la perspectiva comunitario del conjunto de cuestiones jurídicas asociadas a la expansión de las redes sociales. Un resumen pormenorizado de este Congreso puede verse en el blog de P. A. de Miguel Asensio, entrada de fecha 1 de octubre de 2011 ("Facebook y otras redes sociales: aspectos jurídicos", disponible en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2011/10/facebook-y-otras-redes-sociales.html#more>).

¹²⁴¹ Debe diferenciarse entre la relación vertical que existe entre el prestador de servicios –la red social *online*- y sus usuarios, de las relaciones horizontales de los usuarios entre sí y, finalmente, de la posible incidencia de terceros -no usuarios- con usuarios y/o con el prestador de servicios *online*, puesto que de estas últimas sin duda la responsabilidad que pudiera eventualmente derivarse por daños a los derechos de la personalidad sería de naturaleza extracontractual. Sobre la variedad de relaciones entre los actores en Internet y el contenido potencialmente lesivo, *vid.* G. J. H. Smith, *Internet Law...*, *ob. cit.*, pp. 174-175 (párr. 4-011 a 4-012).

obligatoria unas condiciones de uso –unilateralmente redactadas por el prestador de servicios de la sociedad de la información-, por lo que cabría apreciar que entre ellos media una relación contractual¹²⁴². Si se aprecia la existencia de esa relación contractual entre las partes, cualquier lesión o daño que el usuario sufriera en sus derechos de la personalidad derivado del funcionamiento –normal o anormal- de los servicios *online* de la red social debe reputarse como contractual y, en consecuencia, el tribunal del foro debería acudir a las reglas de conflicto previstas en su sistema de DIPr en materia contractual¹²⁴³ para localizar la ley material que reglamentará el régimen de responsabilidad de la red social. Un ejemplo de un supuesto de estas características se daría cuando el usuario hubiera volcado en su perfil de la red social ciertas informaciones (incluso fotografías) de contenido privado y hubiera restringido su acceso y uso a un grupo concreto de personas (su círculo social *online*) utilizando para ello las herramientas que a tales efectos ofrece la red; y aun así ese contenido privado hubiera sido expuesto a otras personas no autorizadas –usuarios también de la red social pero no de círculo del perjudicado-, que pudieran acceder al mismo e incluso disponer de él¹²⁴⁴.

¹²⁴² Vid., todo lo referido en el Cap. I. sobre el carácter contractual de las relaciones de la red social con sus usuarios, en particular su posible calificación como contratos de consumo.

¹²⁴³ Dentro del contexto comunitario, el RRI.

¹²⁴⁴ En términos parecidos, pueden referirse aquellos casos en los que los datos personales de los usuarios no están protegidos frente a aquellas empresas que comercian con esta clase de informaciones y hace su “agosto” en este tipo de sitios *web*; lo que no resulta ajeno en el sistema estadounidense. En este sentido, puede referirse la existencia de numerosas reclamaciones en EEUU frente a la red social Facebook ante la *Federal Trade Commission (FTC)*, en relación con los mecanismos de obtención y tratamiento de datos personales de sus usuarios. En particular con las últimas modificaciones –desde el 2009- introducidas en la red donde no se garantiza que terceros puedan recolectar informaciones sensibles –personales- de los usuarios y disponer libremente de ellas sin requerir el necesario consentimiento expreso del titular. Al respecto, puede verse la noticia publicada en el *Financial Times* (en su versión *online*) el 29 de noviembre de 2011, “Facebook settles privacy complaint with FTC” (R. Waters). <http://www.ft.com/intl/cms/s/2/9ad4670a-1ab8-11e1-bc34-00144feabdc0.html#axzz1fCSq9EHZ>. En este sentido, en el mes de diciembre de 2011 la *FTC* estadounidense hizo pública la propuesta de acuerdo de transacción con *Facebook* para poner fin al procedimiento abierto contra esta red social por sus prácticas en materia de protección de datos personales -periodo de información pública hasta el 30 de diciembre de 2011-. El texto de la propuesta de acuerdo está disponible en <http://www.ftc.gov/os/caselist/0923184/111129facebookagree.pdf>. Sobre el proceso de tramitación del posible acuerdo, las incidencias prácticas del mismo -en particular en relación con la dispar reglamentación de la protección de datos entre el sistema estadounidense y el comunitario- *vid. Blog* de P. A. de Miguel Asensio, entrada de fecha 14 de diciembre de 2011

30. La cuestión que se plantea aquí es el carácter de la relación contractual que une al usuario/perjudicado con el prestador de servicios de la sociedad de la información. Como ya se anticipó, son dos principalmente las posibilidades que se manejan. Por un lado, calificar la relación contractual como de prestación de servicios y, por otro, considerar que es el propio usuario el proveedor de los contenidos/información. La categorización en uno u otro tipo de contratos conlleva significativas consecuencias prácticas a la hora de concretar el Derecho que va a reglamentar la relación entre la red social y el usuario –y por lo tanto la eventual responsabilidad-.

El análisis propuesto va a realizarse desde el punto de vista comunitario; esto es, desde la perspectiva de las previsiones conflictuales contenidas en el RRI –para las distintas categorías de relaciones contractuales-. Necesariamente, para la aplicación del Reglamento es preciso –en primer lugar- que el tribunal que conozca de la causa pertenezca a un Estado miembro, lo que en este contexto puede que no resulte del todo sencillo. Por lo general, las redes sociales más importantes se encuentran establecidas en terceros Estados y suelen incluir en sus condiciones acuerdos de elección de foro que garanticen la competencia exclusiva de los tribunales del Estado de su domicilio¹²⁴⁵. Aunque en la práctica estas cláusulas podrían no ser efectivas para derogar la posible CJI de los Estados miembros (reconocida en función del sistema de fueros del RBI). La admisibilidad y los efectos del acuerdo de elección de foro se enjuiciarán de conformidad con las provisiones sobre CJI del tribunal donde se ha planteado la acción. En particular, este tipo de acuerdos de prórroga de competencia no producen efectos en

(<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2011/12/propuesta-de-acuerdo-entre-la-federal.html>).

¹²⁴⁵ En este sentido, puede verse, a modo de ejemplo, la sección 15.1 del *Statement of Rights and Responsibilities* de Facebook (<https://www.facebook.com/terms.php?ref=pf>), donde se recoge que para la resolución de cualquier reclamación, disputa, acción o litigio en general sobre el servicio de Facebook (o en relación con este *Statement*) exclusivamente deberá plantearse ante los tribunales estatales o federales del Condado de Santa Clara (*1.You will resolve any claim, cause of action or dispute (claim) you have with us arising out of or relating to this Statement or Facebook exclusively in a state or federal court located in Santa Clara County*). Ejemplos parecidos pueden encontrarse en otros SNS, como es el caso de Twitter, en la sección de “*Controlling Law and Jurisdiction*” de los Términos del Servicio (<http://twitter.com/tos>); o la Sección 8ª (A) de las Condiciones de Uso de LinkedIn (http://www.linkedin.com/static?key=user_agreement#pri-11).

ciertos casos, bien por ser nulos -y en consecuencia carentes de efectos-, o bien porque vulneran limitaciones específicas para este tipo de acuerdos (como por ejemplo ocurre en materia de contratos de consumo). Esto no se plantea cuando lo que se trata de dilucidar es la posible responsabilidad extracontractual de la red social frente a terceros, pues generalmente no estarán sujetas a ningún acuerdo de elección entre las partes¹²⁴⁶ – ni de jurisdicción competente para conocer ni de Derecho aplicable-.

31. En caso de aplicación del RRI, el primer paso sería verificar si existe algún acuerdo de elección por las partes de Ley aplicable (art. 3 RRI). Aunque típicamente dentro de las condiciones de uso que el usuario debe aceptar antes de poder hacer uso del servicio se incluyen tanto cláusulas de elección de foro como de ordenamiento aplicable¹²⁴⁷, para el hipotético caso de que no se contemple esa sumisión –la validez y los efectos de esas cláusulas se abordarán posteriormente-, habría que localizar objetivamente la ley aplicable. Para ello es necesario calificar el contrato que une a las partes. El artículo 4 en su párrafo 1º recoge una lista de categorías de contratos entre los que se encuentra los de prestación de servicios -que puede ser una de las opciones-. La inserción de la relación existente entre la red social y sus usuarios en una única de las categorías previstas por el art. 4 podría no resultar fácil. Este tipo de acuerdos son bastante complejos y pueden incluir una gran variedad de cuestiones, como por ejemplo licencias sobre DPI¹²⁴⁸, recogida y tratamiento de datos personales o la publicación de

¹²⁴⁶ La red social y el tercero cuyos derechos y/o intereses han sido lesionados como consecuencia de la actividad desarrollada por/en la red.

¹²⁴⁷ En este sentido, puede hacerse referencia a la red social Facebook, y a su sección 15.1 del *Statement of Rights and Responsibilities* (<https://www.facebook.com/termas.php?ref=p>) que al respecto indica: “*The laws of the State of California will govern this Statement, as well as any claim that might arise between you and us, without regard to conflict of law provisions.*” Y en términos similares Twitter: “*These Terms and any action related thereto will be governed by the laws of the State of California without regard to or application of its conflict of law provisions or your state or country of residence*” (sección de “*Controlling Law and Jurisdiction*” de los Términos del Servicio. <http://twitter.com/tos>).

¹²⁴⁸ La inclusión en el acuerdo de una licencia por el usuario a la red social en relación con la información que aquél cuelga en su página, en principio, tendría un carácter funcionalmente subordinado al uso de los servicios que la red social presta, lo que no impide entonces su posible calificación como contrato de prestación de servicios. Vid. P.A de Miguel Asensio, “Applicable Law in the Absence of Choice to Contracts relating to Intellectual or Industrial Property Rights”, *Yearbook PIL*, vol. X. 2008, pp. 199-219, en esp. p. 208. Y en términos similares, B. Ubetazi, “Licence Aggements Related to IP Rights and the EC Regulation on Jurisdiction”, *IIC*, vol. 40, 2009, pp. 912-939.

anuncios¹²⁴⁹.

Es posible considerar que el usuario es el propio proveedor de la información y la red social la receptora. Esta postura sería factible tomando en consideración que es el usuario el que vuelca voluntariamente y de forma masiva la información -cientos de datos personales- utilizando los servicios que la red le facilita. Si se optase por esta tesis -dejando al margen la posible elección de Derecho-, para localizar el ordenamiento aplicable a esta relación se acudiría a la norma de conflicto del art. 4.2 RRI. Todo ello conduciría a que siendo el usuario el prestador característico resultase de aplicación el Derecho nacional del Estado de su residencia habitual. Aunque parece que la aproximación más adecuada -en función del contexto- es aquella que conduciría a encajar esta relación dentro de la categoría de contratos de prestación de servicios (y, en consecuencia, a la aflicción del art. 4.1 b) RRI). La razón principal para tal consideración se encontraría en el hecho de que los contratos entre las redes sociales y sus usuarios principalmente se encargan de establecer las reglas bajo las cuales la red presta los servicios ofertados en el desarrollo de su actividad y las condiciones bajo las cuales los receptores/usuarios pueden hacer uso de los servicios ofrecidos¹²⁵⁰. De hecho, el contenido básico de estos contratos son las condiciones bajo las cuales los usuarios pueden hacer uso de la red social, los términos en los que los usuarios pueden compartir la información a través de la red y las garantías -o ausencia- por parte de la red social en relación con la prestación de los servicios. Esta calificación conduce a la aplicación al contrato -en defecto de elección- de la ley de Estado de residencia habitual del prestador de servicios, esto es, el de ubicación de la red social en cuestión (art. 4.1 b) RRI)¹²⁵¹ - salvo conexión especial con otro ordenamiento jurídico (art. 4.3 RRI¹²⁵²)-.

¹²⁴⁹ Por lo general los acuerdo relativos a anuncios en las redes sociales están relacionados con contratos para la prestación de servicios entre la red social -que actúa como proveedor de los servicios de publicidad- y el anunciante que hace uso del servicio-.

¹²⁵⁰ STJCE de 23 de abril de 2009, C-533/07, *Falco*, § 29.

¹²⁵¹ Las más importantes redes sociales se ubican en EEUU (como es el caso de Facebook, LinkedIn, Youtube o Twitter).

¹²⁵² En virtud de la cláusula de escape del art. 4. 3 RRI. *Vid.* U. Villani, “La legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti”, en N. Boschiero, *La nuova disciplin comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, pp. 149-172.

32. Una vez que se opta por la calificación de contratos de prestación de servicios, hay que detenerse en los posibles acuerdos celebrados entre la red social y sus usuarios que reglamenten su relación -ya que pueden incidir en cuestiones de competencia y de Derecho aplicable-. Para el análisis propuesto va a tomarse como referencia la práctica más generalizada en la adopción de tales acuerdos y en sus eventuales efectos en la concreción del Derecho aplicable. Por lo general, las redes sociales establecen una serie de términos estandarizados para reglamentar sus relaciones con los receptores de sus servicios. La terminología utilizada por las distintas redes sociales *online* es muy variada, entre otros puede encontrarse: “Términos de Servicio” (Twitter o Youtube), “Declaraciones de Derechos y Responsabilidades” (*Statements of Rights and Responsibilities*, en Facebook), o “Condiciones de uso” (*User Agreement*, en LinkedIn). Cualquiera que sea la terminología utilizada, la intencionalidad es la misma: que el usuario piense que se trata de un acuerdo legalmente vinculante entre él y la red social. De hecho, en la práctica muchas de las cuestiones que legalmente pueden surgir en conexión con las actividades desarrolladas por la red social pueden estar referidas al uso de esos términos estandarizados.

Generalmente, entre las cuestiones que van a venir reglamentadas directamente por esas cláusulas se encuentran: la determinación de los requisitos o condiciones necesarias para que el contrato se entienda concluido, el momento de la conclusión del acuerdo, el alcance en el que esos términos o cláusulas estandarizadas forman parte del contrato¹²⁵³, la validez del mismo, etc. Ahora bien, el usuario puede impugnar la validez de ese contrato o de alguna de las cláusulas que lo integran (por ejemplo, por causas relacionadas con la capacidad para contratar: por concurrencia de error u otro vicio que pueda viciar el consentimiento, etc.), la cuestión es determinar qué ordenamiento va a despejar esas cuestiones -sin perjuicio de las cláusulas materiales del contrato que pueden reglamentar directamente alguna de ellas-. Además, en este ámbito es posible la incidencia de ciertas normas de carácter imperativo (como son las de Derecho comunitario en materia de consumidores o de protección de datos). En concreto, ante la posibilidad de calificar estos contratos como de consumo, se plantea la eventual aplicación del régimen especial de soluciones de ley que el art. 6 RRI recoge para este tipo de contratos. Estas reglas están dirigidas a garantizar la adecuada protección del

¹²⁵³ Cf. P. A De Miguel Asensio, “Social Networking Sites...”, *loc. cit.*, p. 10

consumidor, al ser considerado como la parte del contrato económicamente más débil y con menos experiencia en materia legal –frente a la parte profesional del contrato-¹²⁵⁴. La cuestión entonces sería determinar si es posible caracterizar los contratos de prestación de servicios entre la red social y sus usuarios como de consumo.

33. Las consecuencias de la calificación del contrato como de consumo en el sector de Derecho aplicable –dentro del sistema comunitario- son muy claras. En primer lugar, se podría limitar la eficacia de la cláusula de sumisión al Derecho. El art. 6 RRI no elimina la posibilidad de que las partes elijan el Derecho aplicable, pero sí limita su eficacia: ya que esa elección no puede evitar que se apliquen las normas materiales imperativas de protección al consumidor del Estado de su residencia –del consumidor/usuario- (art. 6.2 RRI). En defecto de elección, el criterio para localizar el sistema aplicable ya no sería el contenido en el art. 4.1 b) sino el previsto en el primer apartado del art. 6 que conduce a la aplicación de la ley del Estado de residencia habitual del consumidor. Pero además, esta materia tiene especial relevancia en cuanto a que posibilita el eventual recurso al orden público –comunitario- (lo que impediría la aplicación del Derecho material extranjero establecido en la cláusula estandarizada) o también su aplicación a través de sus leyes de policía. Y en este sentido es posible que la cláusula de elección de ley aplicable pueda resultar nula –por no haber sido negociada, por ejemplo-, lo que supondría la aplicación por el foro de la previsión del art. 6.1º RRI.

No obstante, no todos los contratos de prestación de servicios que puedan considerarse como de consumo van a gozar de la protección prevista en el art. 6 RRI. No se aplicarán estas provisiones especiales cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de su residencia habitual (art. 6.4 a) RRI)¹²⁵⁵. Dado el alcance global de las actividades de las redes sociales, el requisito

¹²⁵⁴ En este sentido, *vid.* STJCE de 20 de enero de 2005, C-464/01, *Gruber* § 34; y STJCE de 20 de enero de 2005, C-27/02, *Engler*, § 39.

¹²⁵⁵ Se requiere una interpretación restrictiva de esta restricción; lo que se traduce en que operará únicamente cuando los servicios son prestados exclusivamente fuera del Estado de residencia del consumidor, y en aquellos contratos donde el consumidor no pueda razonablemente esperar que la Ley de su Estado de origen sea aplicada. *Vid.* M. Giuliano, P. Lagarde, “Report on the Convention...”, *loc. cit.*, párrafo 5º del comentario al artículo 5, referido al apartado 4º del art. 5 de Convenio de Roma de 1980 – en cuyo artículo se basa el actual art. 6.4 a) RRI.

exigido por art. 6.1 RRI de que el contrato presente especial conexión con el Estado de residencia del consumidor –para que pueda gozar del régimen protector- adquiere especial interés. Para las actividades desarrolladas en la red se alza la disposición contenida en el art. 6.1 b) RRI, que supone que únicamente podrá aplicarse las reglas de conflicto especiales de consumo cuando las actividades comerciales o profesionales se dirijan al Estado de residencia del consumidor –exclusivamente o a varios países incluido éste-, y el contrato estuviera comprendido dentro del ámbito de esas actividades. Resulta relevante, en este sentido, la referida Sentencia *Pammer*¹²⁵⁶, pues en ella se establecen los criterios que son más significativos para determinar si la actividad comercial presentada a través de una página *web* puede considerarse como dirigida al Estado del domicilio del consumidor. En este momento, únicamente se analizarán los criterios o elementos de prueba relevantes para la aplicación del art. 6.1 b) RRI –dejando al margen lo establecido en esta sentencia para el ámbito de la CJI, en particular para la aplicación del art. 15.1 c) RBI¹²⁵⁷. Aunque la lista de factores indicada en este asunto por el Tribunal estaba muy influenciada por las circunstancias particulares del caso, su doctrina resulta plenamente aplicable cuando se trata de las actividades desarrolladas en Internet por las redes sociales –para los propósitos de aplicación del art. 6 RRI-. Puede entenderse que una red social global dirige su actividad profesional al Estado miembro de residencia del consumidor -entre otros-, cuando el consumidor haya contratado sus servicios desde su domicilio, en particular, si la red social proporciona sus servicios en la lengua local de ese Estado y cuenta con un número significativo de usuarios en aquél país. Además, la posibilidad que tienen las redes sociales de restringir el acceso a sus servicios a los residentes de determinados países –a través de herramientas de disponibilidad en función de la localización geográfica- podría resultar significativa a estos efectos. Por ejemplo, si los servicios de la red social son ofrecidos sin restricciones geográficas, siendo el Estado de domicilio del consumidor uno de los países en los que el servicios tiene efectos sustanciales -en particular, porque cuente con un gran número de usuarios allí-, este factor puede ser relevante a la hora de valorar que

¹²⁵⁶ STJUE, de 7 de diciembre de 2010, *loc cit.*.

¹²⁵⁷ Partiendo de que el mero acceso a la página por el consumidor desde su Estado de domicilio no es suficiente. *Vid.* T. Pavelka, “The concept of “directed website”, *loc. cit.* pp. 167-168. Se remite aquí a lo dicho anteriormente en cuanto a la interpretación de este requisito -actividad profesional dirigida al Estado del domicilio del consumidor- en el Cap. III, en el contexto del art. 15.1 c) RBI por el TJUE en el asunto *Pammer*, para no reiterar (ap. 28).

la actividad está dirigida a tal Estado¹²⁵⁸. Ahora bien, al mera declaración por parte de la red social en sus términos de servicio de que se trata de una *website* pasiva, no puede ser considerado como un elemento determinante para excluir la posibilidad de que sus actividades se dirigen –también– al Estado de residencia del consumidor, si concurren otros elementos de prueba que apoyan esta conclusión.

34. Una vez expuestos los problemas de delimitación de la responsabilidad que se puede derivar por actos lesivos de los derechos de la personalidad -en función del medio utilizado para la comisión del daño-, a partir de este momento el estudio se realizará únicamente respecto de aquellos supuestos que generen responsabilidad civil extracontractual¹²⁵⁹. Con este fin se irán exponiendo cada uno de los casos más relevantes y, en función de éstos, se localizará la norma de conflicto para determinar el ordenamiento aplicable a la obligación extracontractual de que se trate. Para el análisis propuesto se partirá de la exclusión general de las obligaciones por violación de la intimidad y los demás derechos relacionados con la personalidad del RRII (en especial, la difamación), pasando por la posibilidad de aplicación de esta norma comunitaria cuando la actividad lesiva de la reputación comercial pueda encajarse dentro del ámbito de la competencia desleal entre empresas competidoras. También se planteará la posible aplicación de otros textos internacionales conflictuales para ciertos supuestos, para, finalmente, acabar en la norma de conflicto autónoma española del art. 10.9 Cc.

¹²⁵⁸ Cf. P. A De Miguel Asensio, “Social networking Sites...”, *loc. cit.*, p. 13.

¹²⁵⁹ El hecho de que exista un proceso penal no impide que la ley aplicable a la responsabilidad civil derivada del delito deba ser concretada de conformidad con la ley prevista en el RRII –cuando resulte de aplicación, según su considerando 8º-, o en el art. 10.9 Cc, y en ningún supuesto por la *lex fori*. En este sentido se ha manifestado la jurisprudencia española (entre otras, véase SAP de Badajoz, secc. penal, de 19 de julio de 2001, si bien en cuanto a la aplicación de la ley extranjera localizada por el CH71 a la responsabilidad civil derivada de un accidente de circulación que se enjuiciaba en un procedimiento penal). Sin embargo, el fraccionamiento de la ley penal y civil aplicable es considerado como un principio de alcance general (cf. J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado, ob. cit.*, p. 567).

2.-) Lesión de la reputación profesional del competidor: los actos de denigración como actos de competencia desleal

35. Cuando se publica o difunde una información que potencialmente puede atentar contra la reputación profesional o comercial de un competidor directo dentro de un mercado en particular (siendo éste el supuesto típico) o en varios mercados, estos actos podrían calificarse de desleales –competencia desleal-¹²⁶⁰. Y ante un supuesto de tales características, el perjudicado podría optar entre ejercitar una acción de difamación contra el causante del daño (el que atentó contra su reputación) o reconducir el supuesto por materia de competencia desleal. En ambos casos se trataría de un supuesto de responsabilidad extracontractual que el operador económico cuya reputación –la de sus productos- presuntamente haya resultado dañada (con las consecuentes pérdidas económicas) podría exigir frente a quien haya cometido tales actos, pero la elección entre una y otra acción cuando existe conflicto de leyes puede suponerle potenciales resultados distintos. Para el caso en el que el perjudicado optara por ejercitar una acción de tutela frente a los actos de competencia desleal y el tribunal del foro que conozca de la acción judicial fuera de un Estado miembro, en principio debería acudir a las reglas de Derecho aplicable contenidas en el RRII para localizar el Derecho rector de esa obligación extracontractual (ya que esta materia no estaría excluida del ámbito de aplicación del Reglamento¹²⁶¹). Mientras que si el perjudicado en su reputación opta por litigar basando su pretensión en la reglamentación prevista para los supuestos de difamación al estar excluida la materia del RRII el tribunal deberá acudir a sus sistema nacional de DIPr para realizar tal operación. En consecuencia, en función de en lo que el sujeto base sus pretensiones, el resultado del litigio va a ser distinto, ya que las reglas de conflicto aplicables serán diferentes y la ley aplicada -en consecuencia- potencialmente puede conducir a resultados contradictorios. En los siguientes párrafos se analizará la solución de ley aplicable que el RRII contiene para la protección de los mercados, donde se encajarían los supuestos que -como este- se consideran como

¹²⁶⁰ En *Cheshire, North & Facett on Private International Law*, los autores consideran que la *tort of defamation* cuando se refiere a la reputación comercial de un competidor debería denominarse *unfair competition* (cf. *Cheshire, North & Facett on Private International Law*, 14ª ed., Oxford, 2008, p. 785).

¹²⁶¹ *Ibidem*; y en los mismo términos, E. Dias Oliveira, *Da responsabilidade Civil...*, ob. cit., p. 238.

atentatorios de la competencia (calificándolos como desleales). Así mismo, se hará un análisis de estos supuestos particulares desde la perspectiva Derecho material comparado para concluir que en la generalidad de sistemas los atentados contra la reputación de un competidor se califican como actos de competencia desleal.

36. Cuando el supuesto acto de denigración se da en un ámbito internacional que comporte un conflicto de leyes y el tribunal ante el que se ejercita la acción de tutela pertenece a un Estado miembro, para localizar la ley que va aplicar al fondo del asunto para resolver sobre la eventual responsabilidad del agente material del daño y sus consecuencias deberá acudir en primer lugar al RRII¹²⁶², en concreto a la regla conflictual contenida en el art. 6¹²⁶³. El RRII no da una definición de lo que se entiende por competencia desleal pero la regla de ley aplicable prevista (art. 6) cubre ampliamente todos los supuestos en la materia incluyendo la publicidad desleal (donde podrían encajarse algunos de los supuestos referidos)¹²⁶⁴. De tal manera que la

¹²⁶² Con la aplicación del RRII a la materia se desplazan las normas del sistema español previamente aplicables, en particular, el art. 10.9 Cc, pero también el art. 10.4 Cc o el art. 4 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal. La Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE núm. 315, de 31.12.2009) elimina la norma sobre el ámbito de aplicación espacial contenida en el art. 4 Ley Competencia Desleal, aclarando en su Exposición de Motivos que el RRII permite “suprimir cualquier referencia a su ámbito de aplicación territorial”.

¹²⁶³ Sobre la armonización comunitaria conflictual en materia de competencia desleal a través del RRII en el art. 6 RRII, véase, P. A. de Miguel Asensio, “El régimen comunitario...”, *loc. cit.*, pp. 695-726.

¹²⁶⁴ En este sentido, la referencia más importante en relación con el significado de este concepto puede encontrarse en el *Explanatory Memorandum* de la Propuesta del Reglamento (presentada por la Comisión) en 2003. en el que en primer lugar se parte del objeto que este tipo de normas persigue: “Las normas de competencia desleal tienen por objeto proteger la honradez de la competencia (...), Para a continuación sancionar –a modo de ejemplo- ciertos comportamientos por considerarlos desleales: “entre otras cosas, los actos destinados a influir sobre la demanda (por ejemplo, el fraude y coacción), los actos que tienden a obstaculizar la oferta competidora (por ejemplo, la perturbación del suministro de un competidor, el despido temporal por falta de trabajo de asalariados, el boicoteo), o también los que explotan el valor de un competidor (creación de un riesgo de confusión, explotación de la buena reputación, por ejemplo)”. COM (2003) 427 final, at 16 (art. 5). Aunque también aquí puede referirse al Directiva sobre Prácticas de Comercio Desleal de 2005 (Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo de 2005, que también ha supuesto una importante aproximación en la materia para los ordenamientos nacionales de los Estados miembros. DOUE, L 149/22, 11.6.2005). Si bien, la Directiva está restringida a actividades

calificación del supuesto -atentado contra la reputación comercial de un competidor directo- debe calificarse a los efectos de localizar y aplicar la regla de conflicto en el RRII como de competencia desleal (art. 6)¹²⁶⁵.

El RRII finalmente ha optado al regular esta materia¹²⁶⁶ por excluir de este sector la autonomía conflictual (art. 6.4). La regla del art. 6 establece que la ley que regirá la obligación extracontractual derivada de este acto de competencia desleal será “la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados” (art. 6.1º). Con esta redacción lo que se ha consagrado, en definitiva, es el criterio del mercado afectado (la ley del mercado/s afectado/s¹²⁶⁷), aunque en el texto no se utilice el término mercado¹²⁶⁸ (lo que

comerciales dirigidas los consumidores y esto incide decisivamente en la definición que al respecto se contiene en el art. 2. d) de la Directiva («prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores»).

¹²⁶⁵ El Considerando 21 establece los objetivos que se persiguen con esta norma de conflicto: “proteger a los competidores, los consumidores y al público en general, así como garantizar el buen funcionamiento de la economía de mercado”; y dentro de la primera de las referencias se encontrarían los supuestos de atentado contra la reputación comercial de un competidor, de tal manera que a los efectos de la aplicación del art. 6 RRII este tipo de casos debe calificarse como de competencia desleal.

¹²⁶⁶ Un análisis del régimen conflictual del RRII para la protección del mercado (donde se encajan los actos de competencia desleal), puede verse J. C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado, ob cit.*, pp. 572-574. Para una visión más detallada sobre la concreción del Derecho aplicable a la responsabilidad derivada de los actos contrarios a la libre competencia, en general, en el contexto comunitario, véase –entre otros-: J. I. Paredes, “Sobre la conveniencia de una norma de conflicto bilateral sobre competencia desleal”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 427-440; E. Rodríguez Pineau, “Ley aplicable a la responsabilidad derivada de los actos contrarios a la libre competencia”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 447-463; M. Hellner, “Unfair Competition and Acts Restricting Free Competition. A Commentary on Article 6 of the Rome II Regulation”, *YPIL*, Vol. IX, 2007, pp. 49-70. Desde una perspectiva más específica dirigida a los actos de competencia desleal en el ámbito de los DPI, pero haciendo un análisis específico de la aplicación práctica de este precepto en el contexto comunitario, P. A. de Miguel Asensio, “The Private International Law of Intellectual Property and Unfair Commercial Practices: Convergence or Divergence?”, en S. Leible y A. Ohly, *Intellectual property and private International Law*, Tubinga, 2009, pp. 137- 190.

¹²⁶⁷ De tal manera que la provisión específica para esta materia se basa en el denominado “*market effects principle*”. La justificación que subyace para la adopción finalmente de esta regla específica en el RRII –distinta de la regla general: lugar del daño- se encuentra en los problemas de interpretación de esta regla general para ciertas actividades comerciales, además de las normas policía específicas de ciertos sistemas nacionales y los intereses involucrados en disputas transnacionales sobre

se complementa con lo previsto en el Considerando 21 del RRII¹²⁶⁹). La regla contenida en el art. 6 RRII no debe ser considerada como una regla especial –a pesar de que esté expresamente prevista al margen de la regla general del art. 4.1–, sino como una clarificación de ésta última¹²⁷⁰. En consecuencia, la regla contenida en el art. 6 no es más que una mera aplicación (adaptada) de la solución general de ley aplicable a particulares supuestos derivados de prácticas comerciales desleales¹²⁷¹. A esta conclusión se llega por el hecho de que –por el Reglamento– se parte de la consideración que el factor general de conexión del lugar del daño podría también conducir al país del mercado que resulta afectado cuando se aplica a comportamientos de competencia desleal, ya que el daño tendría que ser localizado allí donde las relaciones entre los competidores o las decisiones de los consumidores son afectados¹²⁷².

Ahora bien, de acuerdo con el art. 6.2 RRII cuando el acto de competencia desleal afecta exclusivamente a los intereses de un competidor en particular se remite a la norma general contenida en el art. 4. Esta precisión resulta particularmente de interés,

competencia desleal. A pesar de que por ciertos autores se mantenía la postura de que en la práctica se consigue el mismo resultado –de ley aplicable– aplicando la regla general del lugar del daño. *Vid.* C. Nourissat y E. Treppoz, “Quelques observations sur...”, *loc. cit.*, p. 30. Sobre la tramitación legislativa del RRII en esta materia hasta su versión definitiva, *vid.* P. A. de Miguel Asensio, “The Private International Law...”, *loc. cit.*, pp. 159-160.

¹²⁶⁸ En este sentido interpretativo, *vid.* C. Honorati, “The law Applicable to Unfair Competition”, en A. Malatesta (ed), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and other Non-Contractual Obligations in Europe*, 2006, pp. 127 - 158, en esp. pp. 149-150.

¹²⁶⁹ Donde al establecer los ya referidos objetivos que la norma de conflicto sobre competencia desleal persigue (protección de “los competidores, los consumidores y al público en general, así como garantizar el buen funcionamiento de la economía de mercado”), se entiende que “la conexión con la legislación del país donde se vean o puedan verse afectadas las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores permite por lo general alcanzar estos objetivos.”

¹²⁷⁰ *Vid.* Considerando nº 21 RRII.

¹²⁷¹ *Vid.*, J. Brière, “Le règlement (CE) nº 864/2007...”, *loc. cit.*, p. 43.

¹²⁷² Esta aproximación interpretativa de la regla tradicional de conflicto (*lex loci delicti*) en materia de competencia desleal era precisamente la que se encontraba vigente en los sistemas de DIPr de fuente interna en la mayoría de los Estados miembros (*cf.* P. A. de Miguel Asensio, “The Private International Law of Intellectual...”, *loc. cit.*, p. 160). En particular, en lo que respecta a la posición de los tribunales ingleses en la materia, *vid.* J. Fawcett, P. Torremans, *Intellectual Property...*, *ob. cit.*, pp. 450 - 457 y 860-877.

pues este caso típicamente será el más habitual de acto de denigración, lo que conduciría a la aplicación de la ley del lugar donde se produjo el daño (lugar de resultado), que será la del el mercado donde el perjudicado concurre (pues es donde tiene sus intereses económicos). Todo ello sin perjuicio de la aplicación prioritaria de la ley de residencia habitual común –del perjudicado y del responsable- en el momento en el que se produjo el daño (art. 4.2) o, en su caso, de la ley que de forma manifiesta se encuentre más íntimamente conectada con el supuesto (art. 4.3). Para la aplicación de este último criterio –vínculos más estrechos- habría que analizar cada caso concreto, lo que supondría cierta inseguridad *a priori* en cuanto al sistema que finalmente pueda resultar aplicable –ya que típicamente no suele darse relación previa entre las partes que permita intuir ese ordenamiento con el que el caso pueda tener un vínculo más estrecho-

La cuestión aquí entonces es determinar cuándo puede aplicarse la previsión del párrafo segundo del art. 6; es decir, cuándo el acto de competencia desleal –ese acto de denigración en particular- afecta exclusivamente a los intereses de un competidor específico. Para tal concreción habrá que estar a las circunstancias particulares de cada caso individual y valorar los diversos factores que intervienen en cada supuesto. Normalmente, la principal consecuencia de un acto de denigración para el perjudicado es una pérdida económica, la cual se manifiesta –típicamente- en el domicilio de la víctima (y en ese sentido, la previsión del art. 4.2 parece apropiada). Para poder concretar si en el supuesto en particular procede la aplicación de las soluciones de ley aplicable del art. 4 en vez del criterio del 6.1, podría tomarse como referencia la razón que subyace detrás de la regla del 6.2¹²⁷³. Y es que la premisa de la que parte el RRII en este sentido es que el objeto de la práctica desleal no es ni la competencia ni el mercado, sino que viene referido principalmente a las relaciones entre las partes (los competidores implicados) y la posición del perjudicado en el mercado (lo que puede traducirse en que

¹²⁷³ Este tratamiento especial para los denominados actos bilaterales de competencia desleal no ha sido admitido sin más por cierta doctrina. Pues ha sido criticado desde su fundamentación ya que esto supone el desarrollo de un mecanismo unilateral a favor de la aplicación de la *lex fori*, al que conduce la aplicación de un factor de conexión personal (la residencia habitual o domicilio común de las partes), lo que se considera inapropiado en lo que respecta a las reclamaciones en materia de competencia –además de que su ámbito de aplicación es incierto- (cf. Troller, “Unfair Competition”, *Int. Enc. Comp. L.*, vol. III, cap. 34, 1978, p. 1-18, en esp. pp. 15-16).

se trata en realidad de relaciones bilaterales)¹²⁷⁴. En la aplicación de la regla del 6.2 RRII lo controvertido es la determinación de aquellos actos que caen dentro de su alcance. La clave para la aplicación de esta previsión está en la interpretación de la expresión “afecte exclusivamente a los intereses de un competidor en particular”. En definitiva, lo que ha de probarse es que se trate realmente de relaciones bilaterales, aunque eventualmente éstas tengan repercusiones negativas en un mercado dado¹²⁷⁵. De tal manera que, la materia específica del art. 6.2 debe ser interpretada de forma restrictiva en atención a su tenor literal dado su carácter excepcional respecto de la regla general prevista para la materia de competencia desleal. Esto se traduce en que no será suficiente -para su aplicación – que el impacto de la práctica en cuestión sea de mayor intensidad para los intereses de los competidores que para los intereses de los consumidores. Toda vez que únicamente la regla del 6.2 se aplicará para aquellos actos de competencia desleal específica y directamente dirigidos a los intereses comerciales de un único operador del mercado/competidor, y que este comportamiento desleal se ha llevado a cabo enteramente en la relación bilateral entre ambas partes¹²⁷⁶. Todo ello traído a los casos particulares de denigración –por atentados a la reputación del operador económico o de sus productos- para que resulte de aplicación la previsión del art. 6.2 RRII se hace necesario que entre el perjudicado y el autor del acto de denigración exista una relación de bilateralidad, para lo que es esencial que ambos participen en el mismo mercado como competidores directos y que la información que

¹²⁷⁴ Esta aproximación conflictual es similar a las que previamente a la aplicación del RRII se recogían en los sistemas de fuente interna de ciertos Estados miembros. Es el caso del art. 136.2 de la ley de DIPr suiza o la sección 4.2 de la Ley neerlandesa de 2001, y en los mismo términos la jurisprudencia alemana (*Vid.* COM (2003) 427 final, at. 18).

¹²⁷⁵ “Aunque no puede excluirse completamente que tales maniobras tengan también repercusiones negativas en un mercado dado”. COM (2003) 427 final, at. 18

¹²⁷⁶ Lo que no resulta tan evidente de demostrar, incluso en supuestos tan específicos como la *slavish imitation* (lo que podría traducirse en imitaciones o falsificaciones, y que en la generalidad de sistemas nacionales permite al perjudicado ejercitar acción por competencia desleal cuando no sea posible acción para tutelar el DPI en cuestión). Toda vez que incluso cuando estas imitaciones no supongan ninguna confusión para los consumidores y sí atenten exclusivamente contra los intereses de un competidor en particular, esta aproximación no es válida –del 6.2-. De tal manera que habría que acudir en estos casos a la regla del art. 6.1 RRII. Con ello lo que se busca es asegurar la aplicación de principios similares de solución de ley aplicable con independencia de si la reclamación se fundamenta en la infracción del DPI o en el Derecho de Competencia Desleal. *Vid.* P.A de Miguel Asensio, “Intellectual property and Unfair...”, *loc. cit.*, p. 164.

se difunde venga exclusivamente referida a ese competidor en particular –o a sus productos–.

37. Desde un punto de vista del Derecho sustantivo, los actos de denigración entre competidores son tipificados como de competencia desleal en la mayoría de ordenamientos jurídicos nacionales. Por ejemplo, en el Derecho suizo el menosprecio de la buena reputación de una compañía o de sus productos a través de la propagación de informaciones falsas, erróneas o innecesariamente ofensivas constituye un ejemplo típico de competencia desleal¹²⁷⁷. En el ordenamiento español la Ley de Competencia Desleal¹²⁷⁸ es la que se encarga de regular los actos de denigración como supuestos de competencia desleal. El artículo 9 define como actos de competencia desleal: “*la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes*” (art. 9.I). Del texto de este artículo se desprende que no todos los actos de denigración pueden reputarse como de competencia desleal, ya que la veracidad y/o la pertinencia de lo afirmado –que redundaría en beneficio del consumidor– excluyen la ilicitud y exime de responsabilidad. Es el propio precepto –en su párrafo segundo–, el que se encarga de delimitar aquello que se debe entenderse como pertinente –a los efectos de la calificación como desleal del acto–. Para ello utiliza un criterio negativo,

¹²⁷⁷ Son supuestos que dentro del concepto amplio de difamación son específicos entre empresas cuando las afirmaciones que se propagan no son verdaderas y pueden ser calificadas de difamantes. Vid. G. J. H. Smith, *Internet Law...*, ob. cit., donde recoge la cuestión dentro del apartado *Defamation* (6.17.2., pp. 342- 343), en esp. p. 343.

¹²⁷⁸ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Un tratamiento muy similar puede verse en otros Derechos nacionales fuera de Europa, como por ejemplo en Perú, donde el artículo 11 del Decreto Legislativo No 1044 (Ley de Represión de la Competencia Desleal, publicado el 26.06.2008), regula los actos de denigración definiéndolos como “*la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos*”. Previendo igualmente como causas que excluyen la ilicitud la veracidad de las informaciones vertidas (art. 11. II). Para un análisis de la legislación peruana sobre la represión de la Competencia desleal, con análisis de jurisprudencia específica vid. H. E. Pereda Lozano, “Actos de denigración. Precedente “Mactel”, *ALIBCI*, 05/05, 2011 (visto por última vez el 10 de octubre de 2011). <http://alibci.wordpress.com/2011/05/05/actos-de-denigracion-precedente-mactel/>

definiendo lo que no puede estimarse como tal: “*En particular, no se estiman pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado*”.

En la generalidad de sistemas nacionales para que la conducta que constituye un acto de denigración sea considerada acto de competencia desleal es necesario que se trate de actos lesivos de la reputación que sean realizados en el mercado y que posean finalidad concurrencial. Partiendo de este contexto, con la protección de la reputación lo que se pretende es proteger la competencia económica de los participantes en el mercado; esto es, no se tutela la reputación en sí, sino que lo que subyace es asegurar que el éxito de los agentes económicos profesionales sea consecuencia de la eficiencia de sus prestaciones y, en consecuencia, que la elección del consumidor del producto o servicio sea informada. En este sentido, la denigración se configura como un acto de deslealtad frente al competidor, en particular es un acto de obstaculización: ya que dificulta el ejercicio de la actividad profesional al tercero privándole de las ventajas competitivas de que dispone (reputación). Pero también, y de manera más patente, es un acto de deslealtad frente a los consumidores: pues es una forma eficaz para determinar o modular sus preferencias, influyendo en sus decisiones a la hora de contratar las prestaciones ofertadas¹²⁷⁹. Por lo que se ha entendido que “la denigración elimina o dificulta la autonomía y racionalidad de las decisiones de mercado adoptadas por los consumidores, y distorsiona de este modo, en última instancia, el juego de la competencia económica”¹²⁸⁰.

38. En definitiva, tanto desde el punto de vista conflictual¹²⁸¹ como sustantivo

¹²⁷⁹ En general sobre los actos de competencia desleal a la luz del Derecho español, *vid.* F. Marín de la Bárcena Garcimartín, “Principales actos de competencia desleal”, *EOI*, publicado en línea (02.09.2010), http://www.eoi.es/savia/pubman/item/eoi:45535:5/component/eoi:45534/D_ActosCompetenciaDesleal_MarinDeLaBarcena.pdf

¹²⁸⁰ Cf. J. Massaguer Fuentes, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 2ª ed. Madrid., 2010, p. 291. Para un análisis del Derecho de protección contra las prácticas desleales, tras la transposición de la Directiva comunitaria 2005/29/CE, *id.* *El nuevo Derecho contra la competencia desleal*, Madrid, 2006. También, en términos generales sobre la competencia desleal, A. Villagómez Rodil, *Competencia desleal*, Granada, 2006.

¹²⁸¹ Ya que la calificación del supuesto -de conformidad con los datos que el propio RRII

dentro del territorio comunitario es posible sostener una acción judicial de este tipo por el perjudicado. De tal manera que si la víctima –operador económico cuya reputación profesional o la de sus productos resulta lesionada por otro competidor- decide, para reclamar la reparación de los daños y perjuicios económicos sufridos, el ejercicio de una acción por competencia desleal –en vez de por difamación-, para concretar el Derecho aplicable a esa obligación extracontractual los tribunales de los Estados miembros deberán acudir a las reglas de conflicto previstas en el RRII para la competencia desleal, y una vez localizado ese Derecho serán sus las normas materiales específicas sobre competencia desleal las que resulten de aplicación (ya que la generalidad de ordenamientos jurídicos nacionales comunitarios permitirían encajar estos supuestos de atentados contra la reputación como actos de denigración y, en consecuencia como un acto de competencia desleal no permitido).

3.-) Prestación de servicios de la sociedad de la información

39. Cuando el daño a los derechos de la personalidad es consecuencia directa del mal funcionamiento de los servicios que la red social ha prestado en Internet, el perjudicado en sus derechos –no usuario¹²⁸²- podría plantearse la posibilidad de exigir la eventual responsabilidad extracontractual de ese prestador de servicios de la sociedad de la información. La cuestión sería determinar dónde encajaría esa presunta responsabilidad extracontractual. En este sentido, sería posible plantear dos hipótesis distintas que dieran al perjudicado derecho a ejercitar una acción resarcitoria por los daños sufridos. En primer lugar, quizá podría plantearse la posibilidad de aplicar el régimen de responsabilidad por productos defectuosos frente a la red social o, en segundo lugar, simplemente reconducir la cuestión a un supuesto de tratamiento indebido de datos personales¹²⁸³.

ofrece- encaja en la norma de conflicto del art. 6.

¹²⁸² Con la que la red social no media una relación contractual de prestación de servicios, o cuando el daño excede de esa relación preexistente entre las partes.

¹²⁸³ Toda vez que tanto en la generalidad de sistemas nacionales –al menos la totalidad de los Estados miembros- como en el comunitario se reconoce un derecho a reclamar una indemnización a todos los sujetos que resulten perjudicados por el tratamiento inadecuado de sus datos personales –en función de lo establecido en el Derecho aplicable: nacional o comunitario-. En el supuesto particular español, el art. 19 primer inciso de la LOPD (por la que se implementa la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos personales, en particular el contenido del art. 23.1 de la norma) recoge precisamente ese derecho

Para el primero de los supuestos planteados, la cuestión fundamental sería ver si puede encajarse dentro de la noción “producto” este tipo de servicios, y esto es una cuestión de Derecho aplicable. Para poder despejar esta cuestión se partirá del tratamiento que de esta cuestión realiza el Derecho sustantivo español fundamentalmente a través de dos cuerpos normativos: el RDLeg 1/2007¹²⁸⁴ -arts. 128 a 149, Título III- por el que se ha refundido el régimen de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos¹²⁸⁵, y la LGDCU que distingue entre los daños causados por productos (Cap. I del Título II) y los daños causados por otros bienes y servicios (Cap. II, Tít. II). En el sistema español se utiliza una definición amplia de producto –incorporando la que contenía la Ley 22/1994- al establecer que “se considera producto cualquier bien mueble, aún cuando está unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad” (art. 136). El art. 137 recoge el

indemnizatorio de cualquier interesado cuando como “consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento”, sufra daño o lesión en sus bienes o derechos –entre los que se encuentran, y fundamentalmente, los relativos a la personalidad-. *Vid.* P. Grimalt Servera, *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, Granada, 1999, pp. 123-140 (en lo que respecta al concepto de daño a tales efectos, para lo que se remite a la reglamentación de los derechos de la personalidad de la LO1/82) y pp. 334–352 (en relación con el ejercicio de la acción de responsabilidad civil por el perjudicado). En el contexto comunitario las últimas iniciativas legislativas refuerzan esta postura y, en este sentido, puede referirse la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, Reglamento general de protección de datos), publicada el 25 de enero de 2012. (COM(2012) 11 final). En el art. 77. 1º de dicha Propuesta (bajo la rúbrica “Derecho a indemnización y responsabilidad”) se reconoce el derecho de toda persona que sufra algún perjuicio derivado del incumplimiento por otra de las normas relativas a la protección de datos a reclamar una indemnización. La cuestión aquí sería determinar qué normas específicas, dentro del Derecho material nacional que resulte de aplicación (en función del art. 4 de la actual Directiva de protección de datos), serán las que determinen en concreto la naturaleza del daño, cuándo se produce una lesión en los derechos o bienes tutelados, la existencia del perjuicio como requisito esencial para la existencia del daño y, en consecuencia, el derecho a reclamar y la cuantía económica de la indemnización. Estas normas serán las previstas para la tutela de los derechos de la personalidad (que en caso de que resulte de aplicación el ordenamiento español será la LO 1/82, en particular los arts. 7 y 9.3; *ibid.* pp. 128-140).

¹²⁸⁴ De 16 de noviembre por el que se aprueba la texto refundido de la LGDCU.

¹²⁸⁵ Previsto antes en la ley 22/1994, de 6 de julio y en las disposiciones sobre responsabilidad recogidas en el Capítulo VIII de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y usuarios.

concepto legal de producto defectuoso, que comprende aquel producto “que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación”. El régimen de responsabilidad exigible al productor está concretado en la LGDCU, donde se prevé un régimen de responsabilidad objetiva para los productores por los daños causados por los defectos de los productos que fabriquen o importen¹²⁸⁶. Según este régimen de responsabilidad el perjudicado únicamente debe probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos (art. 139). Ahora bien, la responsabilidad puede reducirse o eliminarse cuando concurra culpa del propio perjudicado (art. 145), y también caben causas de exoneración de la responsabilidad –tipificadas en el art. 140- y límites a la responsabilidad –art. 141-. Es el Capítulo II el que se encarga de regular el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios. En particular, en relación con los prestadores de servicios el art. 147 LGDCU establece que serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio. También se prevé un régimen especial –en el art. 148- que incluye la responsabilidad de estos prestadores por los daños originados en el correcto uso de los servicios cuando se trate de servicios que necesariamente incluyan la garantía de determinados niveles de eficacia o seguridad, “en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, has llegar en debidas condiciones a los consumidores y usuarios”¹²⁸⁷.

40. Para poder concretar si a la luz del Derecho español los servicios prestados *online* por estos concretos prestadores de servicios de la sociedad de la información son o no productos a tales efectos, resulta de gran importancia delimitar el alcance de estas normas (para determinar si son o no de aplicación a estas actividades desarrolladas en Internet por las redes sociales de la que se deriva una responsabilidad frente al perjudicado en sus derechos). Esta posibilidad no ha sido puesta de manifiesto nunca – lo que permite prever un resultado negativo en lo tocante a esta materia-, no así respecto de otras actividades desarrolladas en la *web*. En este sentido, no ha planteado problemas

¹²⁸⁶ Mucho más protector para el consumidor que el régimen de responsabilidad general del art. 1902 Cc.

¹²⁸⁷ Cf. P. A. de Miguel Asensio, *Derecho privado...*, *ob. cit.*, p. 171.

—aunque en ocasiones si puede resultar controvertida— el calificar como producto o prestación de servicios los contenidos que se proporcionan a través de la red a los efectos de esta norma¹²⁸⁸; y en este contexto, la eventual inclusión de los programas de ordenador¹²⁸⁹ y de la información¹²⁹⁰ dentro del concepto legal de producto ha sido ampliamente aceptada. Pero nada se ha dicho en lo que respecta a la posibilidad de considerar como “productos”, a estos efectos, los servicios que los prestadores de la sociedad de la información ofrecen a través de su página. Cuando se refiere a los daños causados a los derechos de la personalidad de terceros —dejando al margen los daños a los propios usuarios que podría encajarse dentro de la responsabilidad contractual de la red social— derivados del funcionamiento defectuoso de esos servicios, parece que difícilmente éstos encajarían dentro de esa calificación (productos). Se trata de un supuesto que parte de su consideración como prestadores de servicios y no como proveedores de contenidos, que es lo que hasta ahora sea considerado para barajar la posibilidad de aplicar este régimen de responsabilidad¹²⁹¹. A la vista de la reglamentación sustantiva nacional de la mayoría de los ordenamientos, parece que no hay una base para sostener la aplicación de la legislación sobre responsabilidad por productos a la red social (por lo que parece difícil que pueda lograrse esta calificación con carácter general que evite futuros problemas con el foro o en sede de reconocimiento). En consecuencia, parece que lo más adecuado para resolver un supuesto de este tipo es reconducir la cuestión al tratamiento de datos personales— en donde sí que existirá un más que probable consenso entre los sistemas nacionales, al menos en el contexto comunitario—. Es evidente que en un caso como éste lo que se está haciendo es un uso o utilización inadecuada —por no ser consentida— de informaciones

¹²⁸⁸ Aunque la distinción entre ambos conlleva un factor adicional de incertidumbre (Cf. *ibid.*, p. 172).

¹²⁸⁹ Véase C. Rogel Vide, “Notas sobre el llamado efecto 2000, la hipotética responsabilidad del fabricante y otras cuestiones”, *RGLJ*, 1999, no 1, pp. 59-73, en particular p. 63.

¹²⁹⁰ En este sentido, véase M. N. Tur Faúndez, “La información como producto: la aplicación en Internet de la Ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, en AAVV, *Responsabilidades de los proveedores de información en Internet*, Granada, 2007, pp. 83-106, en esp. pp. 85-89.

¹²⁹¹ En este sentido, en lo que respecta a la posible aplicación de las normas de la LGDCU a las actividades desarrolladas a través de Internet, en particular su aplicación a los prestadores de servicios *online* por los daños causados por la puesta a disposición o suministro de contenidos a través de Internet, *vid.* P. A. de Miguel Asensio, *Derecho Privado...*, *ob. cit.*, pp. 172-174.

de carácter personal (relacionados con la personalidad del perjudicado, en particular con su intimidad, por lo que su disposición injustificada puede calificarse de intromisión en su derecho de la intimidad), lo que desde el punto de vista del Derecho comunitario derivado puede entrar dentro del ámbito de aplicación de sus normas imperativas (de aproximación) relativas a la protección de datos personales –tratamiento de datos personales¹²⁹²–.

III.-) Ámbito de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales

41. Una vez que ha quedado expuesto el posible panorama normativo de ley aplicable en este tipo de litigios -en función de los sujetos, del contexto en el que se desarrolló la actividad lesiva y de las pretensiones de la víctima-, lo que corresponde ahora es determinar qué es lo que va a reglamentar el Derecho material que ha sido concretado por la norma de conflicto en cuestión. Para el análisis propuesto únicamente se va a tomar en consideración el alcance de la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de las lesiones de derechos de la personalidad (dejando al margen el resto de supuestos que en la práctica pueden darse en torno a este tipo de derechos). En este sentido, se va a tratar de delimitar cuál es el ámbito de la *lex delicti*: la ley aplicable a este tipo de obligaciones extracontractuales por daños a la personalidad; esto es, aquellas cuestiones que generalmente se encuentran incluidas dentro del ámbito de esta ley¹²⁹³ (sin que esta enumeración pueda considerarse como *numerus clausus*, toda vez que aunque típicamente la propia norma de conflicto da la información suficiente que permite delimitar estas cuestiones, en última instancia será el

¹²⁹² Vid. Directiva 95/46/CE relativa al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (*loc. cit.*), en particular art. 2 sobre las definiciones de dato personal y tratamiento de datos, y Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, Directiva 2002/58/CE, (*loc. cit.*). En particular sobre la incidencia de las redes sociales en la legislación comunitaria sobre tratamiento de datos y los nuevos retos que suponen, véase, entre otros, M. Vilasau Solana, “Privacidad, redes sociales y el factor humano”, en A. Rallo Lombarte y R. Martínez Martínez (coords.), *Derecho y redes sociales*, Pamplona, 2010, pp. 55-81, en esp. pp. 57-62 y P. A. de Miguel Asensio, *Derecho privado...*, *ob. cit.*, pp. 314-318 (párrafos. 275-279).

¹²⁹³ Para ello se ha tomado como referencia las cuestiones incluidas según el art. 15 RRII y el art. 10.10 Cc. Ambos preceptos establecen el alcance de la ley aplicable a la responsabilidad que el RRII, por un lado, y el art. 10.9 Cc, por otro, localiza.

ordenamiento jurídico aplicable el que pueda concretar aquellas¹²⁹⁴) y, en caso contrario, se tratará de delimitar qué ley reglamenta las cuestiones excluidas. Ahora bien, es posible que existan problemas de delimitación que en ciertos ordenamientos pueden darse entre las cuestiones de fondo –reglamentadas por la *lex delicti*- y las cuestiones procesales –por el Derecho del foro, por el principio *lex fori regit processum*¹²⁹⁵-, a lo que también se tratará de dar respuesta.

42. Las cuestiones incluidas en la ley aplicable a la responsabilidad suelen venir señaladas por la propia norma de conflicto aplicada. Si la ley aplicable al litigio se ha concretado de conformidad con la regla del art. 10.9 I. Cc., ha de determinarse el ámbito de dicha ley. La ley designada por este precepto regulará determinadas cuestiones cuya concreción no es pacífica en la doctrina, y se encuentra en relación -en muchas ocasiones- con el problema de la distinción entre las cuestiones meramente procesales (*lex fori regit processum*) y las de fondo (art. 10.9 I Cc.). El art. 10.10 Cc., en cuanto precepto que define el ámbito de la ley aplicable, permite referenciar aquellas cuestiones incluidas en la regulación de la ley rectora del fondo¹²⁹⁶. Todo ello en relación con este tipo de litigios podrían concretarse en las siguientes cuestiones incluidas¹²⁹⁷: 1º) Tipo de responsabilidad –objetiva, culposa, etc.-; 2º) Criterios de

¹²⁹⁴ Por ejemplo, ante un supuesto de difamación en la red por publicación de contenidos controvertidos, si resulta de aplicación el Derecho inglés será la *Defamation Act* de 1996 la que establezca los sujetos responsables, la eventual responsabilidad de los intermediarios, cuándo hay difamación, cuándo hay publicación -como elemento necesario para la existencia del daño-, etc. Una visión comparativa de esta reglamentación entre el sistema inglés y el estadounidense puede verse en G. J. H. Smith, *Internet Law...*, *ob. cit.*, pp. 313-346.

¹²⁹⁵ Recogido en el sistema español en el art. 3 LEC, salvo convenio o tratado internacional.

¹²⁹⁶ El tenor literal del art. 10.10 Cc. reza así: “*La ley reguladora de una obligación se extiende a los requisitos del cumplimiento y a las consecuencias del incumplimiento, así como a su extinción. Sin embargo, se aplicará la ley del lugar de cumplimiento a las modalidades de ejecución que requieran intervención judicial o administrativa*”.

¹²⁹⁷ Todas estas cuestiones serán las reguladas por la ley designada por el art. 10.9 I Cc., por interpretación del art. 10.10 Cc. El tenor de este precepto parece que obedece un *animus* de interpretar las normas autónomas nacionales de conformidad con los instrumentos internacionales suscritos en materias de responsabilidad civil extracontractual, siguiendo los mismos criterios, para conseguir una cierta armonía. Esto se ve claramente si comparamos estas cuestiones con las concretadas como incluidas como dentro del ámbito de aplicación de la ley remitida por sendos Convenios de la Haya, de 1971 y 1973, sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación y ley aplicable a responsabilidad por productos

imputación de la responsabilidad (sujetos responsables) y la incidencia de la causalidad (nexo causal entre acción y resultado); 3º) Exigencia o no de la antijuricidad de la conducta de la que se deriva la responsabilidad; 4º) Tipos de daños resarcibles (pérdidas patrimoniales, económicos, morales, etc.), cuantía y limitaciones de la indemnización; 5º) Titulares del derecho a percibir indemnización como consecuencia de acto ilícitos, y la posible transmisibilidad de tal derecho; 6º) Prescripción y caducidad de la acción para reclamar la responsabilidad extracontractual; 7º) La existencia o no del daño; 8º) Los medios para su reparación; y 9º) Los derechos de rectificación y/o réplica, cuando procedan. Esta interpretación del art. 10.10 Cc, coincide -en términos generales- con las cuestiones que según el RRII serán reglamentadas por la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual¹²⁹⁸.

43. Antes de entrar a analizar estas cuestiones, como primer paso es necesario tener en consideración que la concreción de la ley aplicable -y por ende, de las cuestiones incluidas en este ordenamiento-, va a depender del tribunal del foro y de la calificación que éste haga del supuesto litigioso¹²⁹⁹. El tribunal del foro debe elegir de entre las distintas normas de conflicto de sus sistemas de DIPr aquella en la que la protección de los derechos de la personalidad encaje en su supuesto de hecho. Esta cuestión no es pacífica entre los distintos sistemas de DIPr¹³⁰⁰, lo que es consecuencia directa de los distintos mecanismos de protección de los derechos referidos a la personalidad que se reglamentan en los sistemas jurídicos nacionales. En algunos ordenamientos se opta por la responsabilidad civil y en otros por los derechos subjetivos (bien derechos subjetivos extramatrimoniales o bien derechos subjetivos patrimoniales). En el sistema de DIPr, si se trata de un derecho subjetivo, éste remite a dos estatutos distintos: el estatuto real y el estatuto personal; mientras que si es la responsabilidad civil el mecanismo jurídico previsto, ésta remite al estatuto delictual. En consecuencia, el resultado de esta operación va a ser distinta en función del tribunal que esté

respectivamente. En ambos Convenios su artículo 8 determina las materias que se regirán por la ley que resulte aplicable. Siguiendo ambos un tenor literal casi idéntico.

¹²⁹⁸ Vid. Artículo 15 RRII.

¹²⁹⁹ Toda vez que en este tipo de litigios en ausencia de norma unificada de conflicto que permita tal calificación mediante la previsión de conceptos autónomos, le corresponde al tribunal del foro realizar la calificación del supuesto de conformidad con las normas materiales de su propio ordenamiento jurídico.

¹³⁰⁰ Vid. B. Audit, *Droit international privé*, 5a ed., Paris, 2008, pp. 525- 528.

conociendo y del criterio que se utilice por éste para localizar la norma de conflicto (que puede concretarse en dos: conceptualista o funcional¹³⁰¹). El caso español es particular ya que el sistema de DIPr carece de regulación específica, por lo que puede optarse por cualquiera de estos criterios¹³⁰². En consecuencia, todo ello va a incidir en las normas de conflicto implicadas, tanto en su consideración de derechos subjetivos como en la responsabilidad civil extracontractual (como consecuencia de su lesión).

44. Para aquellos ordenamientos que recurren a la idea de derecho subjetivo para la protección de la personalidad (de los intereses inherentes a aquella: la dignidad, el círculo íntimo personal y familiar, y la representación gráfica de la figura), esta protección que se reclama se integrará bien en el estatuto personal, bien en el estatuto patrimonial –para el caso por ejemplo del derecho patrimonial a la imagen-. El estatuto personal abarca el estado civil de las personas, esto es, el conjunto de normas que determinan la condición personal de cada individuo respecto de la ley civil¹³⁰³. La función que cumple es identificar a la persona individualizándola en la sociedad atendiendo a distintos factores: sexo, edad, filiación, situación familiar, etc. En consecuencia, para que los derechos de la personalidad integren el estatuto personal deben predicarse de cada persona dependiendo del lugar que cada uno ocupa en la sociedad civil¹³⁰⁴. Pero el contenido de los derechos de la personalidad varía de una persona a otra. En consecuencia, toda persona tiene derecho a la intimidad, al honor y a su propia imagen pero el alcance de la protección que asegura estos derechos no es la misma para todo el mundo. Esto se hace evidente cuando estos derechos se ponen en conflicto con la libertad de información y el titular del derecho de la personalidad es una figura pública, lo que condiciona la resolución del posible litigio por los tribunales. El lugar que el sujeto ocupa en la sociedad en función de sus actividades profesionales, políticas o de otra índole que pueda resultar de interés para el público -y por tanto tenga

¹³⁰¹ Para una visión comparativa de las aproximaciones -conceptualista o funcional- de los distintos sistemas nacionales de DIPr europeos véase, M. Eslava Rodríguez, *La protección civil...*, ob. cit., p. 95.

¹³⁰² Un análisis de las consecuencias de uno u otro proceder en el sistema de DIPr español, *Ibid.*, pp. 96-100.

¹³⁰³ *Vid.*, J. C. Fernández Rozas, “Derecho de la persona”, en J. D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado*, Parte especial, Madrid, 6ª ed. revisada, 1995, p. 38.

¹³⁰⁴ *Cf.* P. Kayser, *La protección de la vie privée*, ob. cit., p. 206.

derecho a informarse sobre ello-, constituye un factor muy relevante en la determinación del grado de protección de cada persona¹³⁰⁵. Además, los diferentes elementos del estado de la persona cumplen una función clasificatoria por su carácter “discriminatorio”¹³⁰⁶. Como consecuencia de esta labor “individualizadora” de los derechos subjetivos a la intimidad, el honor y la propia imagen, la existencia, el contenido y los límites de estos derechos quedan integrados en el estatuto personal¹³⁰⁷. En este sentido, estos derechos de la personalidad se calificarán como derechos subjetivos extrapatrimoniales en el sistema de DIPr¹³⁰⁸. Esta solución es válida para todos los ordenamientos jurídicos, tanto para los pertenecientes al sistema *civil law* como los del *common law*, incluso en el caso de los EEUU tras la configuración -jurisprudencial- del *right to privacy*, ya que el derecho subjetivo es el mecanismo de protección civil común.

Cuestión distinta es el problema de calificación que en ciertos sistemas de DIPr puede plantearse cuando se prevén normas de conflicto específicas para violaciones internacionales de este tipo y para ello utilizan conceptos normativos tales como “derechos de la personalidad” (es el caso por ejemplo de la regla de conflicto contenida en el art. 27 del Código civil portugués¹³⁰⁹). En estos supuestos el ámbito de aplicación de estas normas de conflicto depende de la interpretación que se dé de ese concepto -ya que delimita el área jurídica que el legislador considera adecuado para el elemento de conexión seleccionado-. El alcance y extensión de los conceptos normativos se delimita en función de las normas jurídicas que se tomen como referencia, en este sentido habría que determinar de qué particular ordenamiento jurídico han de tomarse estas normas para realizar la calificación. Las distintas aproximaciones que en los diferentes sistemas jurídicos nacionales se hace de los derechos referidos a la personalidad hace esencial esta operación. Se trata sin duda del tradicional problema de calificación en el DIPr que

¹³⁰⁵ En el ordenamiento español, los artículos 2 y 8.2 LO 1/82.

¹³⁰⁶ Cf. P.Bourel, “Du rattachement...”, *loc. cit.*, pp. 316-317.

¹³⁰⁷ Cf. M. Eslava Rodríguez, *La protección civil...*, *ob. cit.*, p. 98.

¹³⁰⁸ *Ibidem*.

¹³⁰⁹ Respecto de los particulares problemas de calificación que este precepto presenta en el sistema conflictual interno, *vid.* E. Dias Oliveira, *Da responsabilidade Civil...* *ob. cit.*, pp. 298- 313. Concluyendo que este concepto deberá interpretarse de conformidad con lo establecido en los art. 70 y siguientes del Código Civil portugués (pp. 304-313).

en definitiva ha de resolverse abogando por la aplicación de la *Lex fori*¹³¹⁰.

45. Tras dibujar de manera general los problemas o vicisitudes con el que el tribunal del foro puede encontrarse en el ámbito de estos litigios para localizar la norma de conflicto aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de daños a los derechos de la personalidad, procede delimitar ahora aquellas cuestiones que van a venir reglamentadas por ese Derecho material localizado por la regla conflictual finalmente localizada.

1.-) Legitimación activa

A) Determinación de los legitimados para reclamar

46. En el caso del ordenamiento español, la legitimación activa en los procedimientos civiles para la protección del honor, la intimidad y la propia imagen¹³¹¹ puede venir otorgada bien por la titularidad del derecho fundamental lesionado y por la ostentación de un interés legítimo, o bien por lo que se denomina legitimación por sustitución legalmente establecida (*ope legis*). A continuación, se hará un análisis pormenorizado de cada uno de los supuestos de legitimación que el Derecho español permite con referencia expresa a la doctrina jurisprudencial que de cada supuesto existe.

46. La legitimación activa para incoar los procesos civiles para la tutela de los protegidos por el art. 18.1 CE corresponde esencialmente a sus titulares¹³¹², por lo que la cuestión es determinar quiénes son titulares de estos derechos según el sistema español. Aunque los titulares naturales de los derechos de la personalidad de la esfera moral son las personas físicas -por ese carácter personalísimo-, también cabe en ciertos casos la titularidad por personas jurídicas. En el ordenamiento español el derecho a la intimidad personal y familiar, o el derecho a la propia imagen solo pueden atribuirse a las personas físicas (incluyendo menores); no obstante, la titularidad del derecho al

¹³¹⁰ Véase a este respecto las conclusiones de D. Moura Vicente, *Da responsabilidade pré-contractual...*, *ob. cit.*, p. 97.

¹³¹¹ Proceso regulado en la LO1/82.

¹³¹² Dado que se trata de derechos de carácter personalísimo, la regla general es que quien acuda a los tribunales invocando la vulneración de alguno de dichos derechos como consecuencia de una intromisión ilegítima sea, efectivamente, el titular del derecho vulnerado. *Vide*, STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 3º.

honor se ha reconocido en la jurisprudencia constitucional a favor de las personas jurídicas¹³¹³. Que una persona jurídica pueda ser o no titular en concreto de los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen ha sido un tema reiteradamente abordado tanto por la jurisprudencia como por la doctrina nacional e internacional, sin que se haya establecido respuestas claras ni definitivas. Si bien, la postura generalizada se concreta en la posibilidad de reconocer un posible derecho al honor de las personas jurídicas, no así de un derecho a la intimidad¹³¹⁴ o a la propia imagen. La posibilidad de que el legitimado activamente para reclamar pueda ser tanto persona física como jurídica –esto es, el reconocimiento de las personas jurídicas como titulares de ciertos derechos de la personalidad susceptibles de tutela- está generalizado en los ordenamientos jurídicos nacionales europeos, en particular frente a supuestos de difamación¹³¹⁵ –postura que se mantiene por la jurisprudencia comparada¹³¹⁶-. Pero esta

¹³¹³ De manera inequívoca desde la STC 139/1995, de 26 de septiembre.

¹³¹⁴ Aunque esto no significa que por cierta doctrina se haya planteado la posibilidad del reconocimiento de un eventual derecho a la *privacy* para las sociedades, fundamentalmente en lo que se refiere al respeto a la intimidad de sus sedes –equiparándose, a cierta distancia y con límites, al domicilio de las personas físicas-. Véase en este sentido, T. Aplin, "A Right of Privacy for Corporations?", en P. L. C. Torremans (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, *ob. cit.*, Chapter 19, pp. 475-505.

¹³¹⁵ Ya que por la generalidad de los ordenamientos se reconoce que las personas físicas gozan de reputación –vinculada principalmente a sus actividades profesionales- que debe ser tutelada. Se refiere a la reputación de la que goza en el sector comercial o de negocios en el que opera –el denominado “*trade libel*” en los sistemas anglosajones, que puede definirse como la difamación contra los bienes o servicios de una compañía o negocio-. Mayores problemas plantea el reconocimiento de un derecho a la privacidad en general para las personas jurídicas. Por ejemplo, así lo hace la Sección 9 de la *Defamation Act* Australiana de 2005 (en vigor desde el 1 de enero de 2006 para todos los Estados australianos). Entre la doctrina nacional hay sectores que niegan tajantemente la titularidad de tales derechos de la personalidad a las personas jurídicas (incluyendo el derecho al honor) a las personas jurídicas (*cf.* Clavería Gosálbez, “Negocios jurídicos...”, *loc. cit.*, p. 49, nota a pie 32). Entre la doctrina extranjera también hay detractores del reconocimiento de un *right to privacy* para las personas jurídicas sobre la base de la *law of confidentiality* inglesa (*action for breach of confidence*), lo que es extensible para otros sistemas pertenecientes al *common law* (como son: Nueva Zelanda, Australia y Estados Unidos); en este sentido, *vid.* T. Aplin, “A Right of Privacy...”, *loc. cit.*, pp. 493-504. A la contra, entre aquellos que sí reconocen la titularidad del derecho al honor por las personas jurídicas, véase, Grimalt Servera, *La protección civil...*, *op. cit.*, pp. 45-49.

¹³¹⁶ Entre la jurisprudencia española puede destacarse STC 139/1995, de 26 de septiembre, y SSTs de diciembre de 1993 (RJ no 9838), de 14 de marzo de 1996 (RJ no 2178), y STS de 9 de octubre de 1997 (RJ n° 7613). Entre la jurisprudencia extranjera, puede mencionarse el asunto *British*

tendencia no sólo es común dentro de los sistemas europeos, sino que también está reconocida –en ciertos casos- por ordenamientos jurídicos tan alejados como por ejemplo el chino, pero con un tratamiento muy diferente al occidental, lo que puede conducir a resultados muy dispares dependiendo de si el que reclama es persona física o jurídica. En lo que se refiere a los supuestos de difamación, en el Derecho chino la condición de la víctima incide en la forma en la que se va a aplicar la ley. La Ley sobre difamación adopta dos formas distintas: 1ª) difamación contra persona natural o individual, y 2ª) difamación contra personas jurídicas en general¹³¹⁷. Aunque en ambos casos son considerados ofensas graves, la naturaleza de la víctima sí incide en la aplicación de la ley¹³¹⁸. Resulta más complicado plantear exitosamente una acción judicial por difamación cuando la “víctima” sea una persona jurídica. Aunque la destrucción del nombre de una compañía puede conllevar perjuicios económicos (esto es, ir en detrimento de su éxito financiero), un negocio puede ser reemplazado o rehecho¹³¹⁹, lo que no ocurre con la reputación de una persona física. La difamación, como el atentado a la reputación de una persona física, nunca puede ser reemplazada¹³²⁰.

Chiropractic Association v Singh (2010, EWCA Civ 350), donde -sin perjuicio del resultado negativo del litigio-, se admite de la legitimación activa de la asociación para incoar el procedimiento por el tribunal. Otros ejemplos de legitimación activa de persona jurídica para la defensa del derecho al honor pueden ser citados, v. gr. *asunto General Electric Healthcare v Professor Henrik Thomásen*, (*loc. cit.*), donde la actora, una empresa norteamericana -filial de la compañía internacional *General Electric*-, demandó ante los tribunales ingleses a un investigador, radiólogo y profesor de radiología por los comentarios hechos en EEUU y publicados *online* en EEUU en un foro sobre cardiología.

¹³¹⁷ El tenor literal de la Ley hace referencia a entidades corporativas. *Vid.* E. Spahn, “As Soft as Tofu: Consumer Product Defamation on the Chinese Internet”, *Vand. J.T.L.*, Vol. 39 No. 3, mayo 2006, pp. 865- 910, en esp. p. 879, donde se analiza la cuestión a la luz del caso más importante sobre difamación en la red que los tribunales chinos han conocido: *Max Computer Station, Inc. v. Wang Hong, Life Times & PC World, Case No. 1438 (Beijing No. 1 Interm. People's Ct.)*

¹³¹⁸ *Ibid.* ., p. 889.

¹³¹⁹ *Ibid.* . p. 882.

¹³²⁰ Razón por la cual el derecho a la libertad de expresión es cuidadosamente aplicado y garantizado para que no disminuya otro derecho individual como es el derecho a una reputación limpia. Véase al respecto los Principios Generales del Derecho Civil de la República Popular China (*General Principles of the Civil law*, promulgados por *Comm. Nat'l People's Cong.*, 12 de abril 1986, en vigor desde el 1 de enero de 1987 (http://www.chinaproject.de/Recht_Steuern/General%20Principles%20of%20the%20Civil%20Law%20of%20the%20People's%20Republic%20of%20China.htm). Capítulo 5 (derechos civiles), Sección 5 (derechos personales), en particular, en su art. 120 describe el derecho individual a tener su reputación

En consecuencia, la difamación de una persona física –a diferencia de lo que ocurre cuando la víctima es una entidad jurídica- siempre ser considerada una ofensa grave en la Republica Popular China¹³²¹.

Pero es posible que se planteen otras cuestiones que inciden en la posible titularidad de estos derechos por las persona físicas que han de aclararse. En este sentido, cabría plantearse qué ocurre con los sujetos no nacidos (*nascituri*) y con aquellos ya extintos (las personas fallecidas), si son o no titulares y en consecuencia si está legitimados para reclamar la tutela de estos derechos -cuestión distinta es la evidente imposibilidad de ejercitar por sí mismos las medidas de protección-. En el último de los supuestos -sujetos fallecidos- la respuesta no puede ser otra que afirmativa, pues durante su vida fue titular de estos derechos referidos a su persona y si bien con su muerte estos derechos se han extinguido, no así la posible tutela posterior a su fallecimiento de estos derechos frente a cualquier intromisión no legitimada (art. 7 LO 1/82); toda vez que la defensa judicial de los derechos del honor, la intimidad y propia imagen de las personas fallecidas está prevista expresamente en los arts. del 4 a 6 LO1/82. Estos preceptos diseñan una cadena de legitimaciones por sustitución que permitirá la defensa de estos derechos que por sí mismo no pueden defender¹³²². Más difícil resulta el planteamiento de una eventual titularidad de estos derechos de la personalidad a los todavía no nacidos. No existe entre la doctrina nacional unanimidad al respecto, y la clave de la discordia se encuentra en que por el TC no se reconoce a los no natos el derecho a la dignidad o al libre desarrollo de la personalidad¹³²³ (que en

“rehabilitada” si ésta fue dañada, así como los efectos dañinos eliminados. Razón por la cual el derecho a la libertad de expresión es cuidadosamente aplicado y garantizado para que no disminuya otro derecho individual como es el derecho a una reputación limpia

¹³²¹ Un análisis jurisprudencial de la cuestión de la difamación en China, puede verse en B. L. Liebman, “Innovation through Intimidation: An empirical Account of Defamation Litigation in China,” *Harv. Int’l L. J.*, vol. 47, 2006, pp. 33-177, en esp. la jurisprudencia allí citada (p. 40, fundamentada en los Principios Generales del Derecho civil).

¹³²² Vid. A. L. Cabezuelo Arenas, “El honor de la persona fallecida y la legitimación *post mortem* de la defensa de su derecho al honor”, en J. Plaza Penadés (coord), *El Derecho al Honor y la Libertad de Expresión*, Valencia, 1994, pp. 464 y ss.; *id.* “Breves notas sobre la protección *post mortem* de honor, intimidad e imagen”, *La Ley*, N° 1, 1999, pp. 1577-1586.

¹³²³ Véase L. M. Díez-Picazo Jiménez, *Derecho a la vida y a la integridad física y moral*, en *RAJC*, 3/2002; M. A. Alegre Martínez, *El derecho a la propia imagen*, Madrid, 1997, p. 376; G. Cámara Villar, y otros (coord. Balaguer Callejón), *Manual de Derecho Constitucional*, vol. II, Madrid, 2005, pp.

definitiva son el fundamento último de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen). Ahora bien, a pesar de esta doctrina constitucional es posible encontrar autores que consideran que no existe impedimento para que se extiendan los derechos del art. 18.1 CE a favor de los *nascituri*, esto es, aunque no se le considere como titular al menos que pueda extenderse su tutela¹³²⁴. En definitiva, esta aproximación consistiría en trasladar la misma idea de extensión de la titularidad y protección otorgada por la LO1/82 a estos derechos a las personas fallecidas en favor de los *nascituri*¹³²⁵.

48. En relación con la posibilidad que la ley española prevé de que un sujeto - distinto del titular- que ostente un interés legítimo pueda resultar legitimado en el procedimiento de tutela de los derechos de la personalidad de la LO1/82, resulta esencial la interpretación restrictiva que de esta previsión se ha establecido por la doctrina jurisprudencial. En la práctica jurisprudencial ha podido observarse que la incoación del procedimiento de la LO1/82 por parte de sujetos no titulares de los derechos fundamentales afectados por sentirse aludidos por la intromisión ilegítima, han tenido un resultado uniforme: la negación de la legitimación activa por los tribunales¹³²⁶. De la doctrina de los tribunales puede concretarse que la legitimación activa la ostentarán tan solo los sujetos afectados en sus derechos que “se hallen identificados o, al menos, resulten fácilmente identificables”, careciendo de ella quienes ni siendo identificados ni fácilmente identificables en la intromisión ilegítima afirman sentirse simplemente aludidos por la misma¹³²⁷. La posibilidad de legitimación activa en este procedimiento (de conformidad con la jurisprudencia constitucional) a favor de los portadores de simples intereses legítimos se limita exclusivamente en relación al

87-88; J. Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 9ª ed., 2003, p. 33; E. Espín (VVAA), *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I, Valencia, 2003, p. 218.

¹³²⁴ Cf. M. A. Alegre Martínez, *El derecho...*, *ob. cit.*, p. 105; en el mismo sentido, P. Grimalt Servera, *La protección civil...*, *op. cit.*, p. 44.

¹³²⁵ Sobre la posibilidad de aplicar el proceso de la LO1/82 a los *nascituri*, en particular en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales como parte integrante de su derecho a la intimidad, *vide*, P. Grimalt Servera, *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, pp. 47-51.

¹³²⁶ Se trata de jurisprudencia reiterada que permite afirmar que aquel que no sea el verdadero titular del derecho fundamental cuya vulneración se invoca no tendrá reconocida la legitimación activa para incoar el procedimiento de la LO1/82.

¹³²⁷ En este sentido puede verse, entre otras, STS de 7 de diciembre de 1993; STS de 12 de junio de 1996; y más recientemente STS de 14 de julio de 2004.

derecho al honor (no así a los relativos al derecho a la intimidad y propia imagen, por razones obvias), y se considera como un supuesto de expansión de la legitimación activa. Ahora bien, esta “expansión” no se realiza ni se reconoce de forma general, ya que no toda persona capaz de experimentar un beneficio o eliminar un perjuicio del resultado del proceso podrá actuar en defensa del derecho al honor del que no es titular. Se trata de un ámbito muy concreto y muy específico, a saber: el reconocimiento de legitimación activa de los integrantes de un colectivo sin personalidad jurídica para acudir ante los tribunales e nombre y defensa de ese colectivo -por lo que no puede invocar la titularidad de derechos propios sino el interés legítimo, por ser integrante del colectivo-¹³²⁸.

49. Finalmente, cabe en este tipo de procedimiento de tutela de la LO1/82 la que se denomina legitimación por sustitución *ope legis*. Lo que se trata es de evitar que en determinados casos, muy específicos, las intromisiones ilegítimas queden jurídicamente impunes cuando los titulares no pueden defender sus derechos por sí mismos ante los tribunales. Con este fin el legislador ha diseñado una serie de supuestos técnicamente denominados como “legitimación por sustitución“. En estos casos, el que incoa el procedimiento de la LO1/82 no es ni el titular del derecho, ni necesariamente ostenta un interés legítimo respecto de la intromisión, sino que es uno de los sujetos a quien la LO1/82 otorga la facultad de sustituir a la persona legitimada ante los tribunales -quien por alguna razón no puede por sí misma defender su derecho-. Los supuestos principales son la tutela de los derechos de la personalidad en caso de fallecimiento del titular (instada por sus causahabientes), y en caso de que el titular del derecho sea un menor (por sus padres o tutores).

La cuestión de la legitimidad por sustitución -como es el caso de los causahabientes de la víctima de una intromisión a los derechos de la personalidad para poder reclamar al responsable por los daños sufridos-, puede plantear cuestiones de índole procesal que determinen la aplicación de la ley procesal del foro al margen del Derecho sustantivo aplicable a la presunta responsabilidad. Así ocurre expresamente en el ordenamiento español donde entre las cuestiones procesales que reglamenta la LEC se encuentra la legitimidad activa y pasiva del procedimiento. En este sentido, el

¹³²⁸ Vide, STC 214/1991, de 11 de noviembre, FFJJ 3º y 4º.

artículo 10 (referente a la Condición de parte procesal legítima) establece expresamente que: “*Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular*”. Este precepto se limita a reconocer que típicamente los que vayan a incoar el procedimiento serán los titulares - del derecho, de la relación jurídica o, en general, del objeto litigioso- u otros terceros, pero no concreta ni quiénes se consideran cómo titulares ni cuáles son esos otros sujetos que podrán resultar legitimados (causahabientes, tutores, etc.). Para eso se remite al Derecho material aplicable que será el que determine quiénes son los titulares del derecho y quiénes -distintos a la persona del titular- resultarán legitimados, en su caso, por sustitución. En definitiva, la concurrencia de elementos procesales en este sentido, no incide en nada en lo que respecta a la cuestión de la legitimación activa, ya que finalmente será la ley sustantiva la que la concrete.

B) Dimensión conflictual

50. A la hora de concretar el Derecho aplicable en estos litigios es posible partir de una distinción que resulta básica: por un lado, la titularidad y el contenido (alcance y límites) del derecho de la personalidad presuntamente vulnerado y, por otro, la responsabilidad que se deriva para el agente causante del daño. En este sentido, es posible establecer distintas leyes rectoras para una y otra cuestión. Desde esta perspectiva, se ha llegado a establecer que el derecho a la intimidad debe reglamentarse por la ley del lugar donde se produce su vulneración, mientras que la responsabilidad civil por su lesión debe regirse por la ley del lugar donde se ha producido el perjuicio para la víctima, que se ha identificado generalmente con el lugar de su residencia habitual¹³²⁹. Si se sigue esta aproximación, será la *causa petendi* que el actor señale en su demanda inicial la que permita concretar cuál de estas cuestiones es la que se solicita que se dirima judicialmente y, en consecuencia, en función de qué ordenamiento jurídico se va a resolver.

Ahora bien, en este contexto la jurisprudencia comparada ha dado soluciones distintas a esta cuestión –incluso no en consonancia con las reglas de ley aplicable de sus propios sistemas nacionales-. Así por ejemplo, puede referirse relevante

¹³²⁹ Cf. P. Kayser, *La protección de la vie...*, ob. cit., p. 339.

jurisprudencia francesa -que aunque ya antigua, sirve perfectamente en la actualidad para explicar el panorama jurídico existente hasta que se produzca una futura armonización conflictual-. En este sentido, especial relevancia tiene el asunto *Soc. Jours de France c. Farah Diba*, donde la Corte de apelación de París (en sentencia de 12 de mayo de 1986) condenó a la Sociedad *Jours de France* a pagar a la ex emperatriz de Irán una indemnización de 150.000 Francos por daños y perjuicios por atentar contra su intimidad y su imagen. Para ello, el Tribunal de Apelación aplicó el Derecho francés, cuando según su norma de conflicto la protección de la vida privada y de la imagen se rige por la ley personal. Se recurre en Casación y la Corte decide aplicar la ley del lugar de comisión del hecho a la determinación de “las consecuencias de los atentados a la vida privada de una persona o de la violación del derecho que posee sobre su imagen”¹³³⁰. Del texto de la sentencia de casación parece que se admite la aplicación de la ley personal de la víctima para la determinación de las condiciones y la extensión del derecho de la personalidad presuntamente violentado (que motiva la demanda), y la competencia de la ley local para la responsabilidad derivada de la intromisión, del ilícito (esto es, la separación entre la protección de los derechos de la personalidad y la sanción netamente delictual; y la primera, en cuanto que protección como derecho subjetivo, es competencia de la ley personal del titular, la víctima).

La interpretación y calificación que realiza esta sentencia para localizar la norma de DIPr -y por tanto el Derecho aplicable-, no fue admitida sin problemas por la doctrina. En este sentido, P. Bourel -en su comentario a esta sentencia- señalaba que la aplicación de la ley del lugar de comisión de los hechos permite presumir que la Corte de Casación optó por la calificación delictual. Partiendo de ahí, las principales críticas se centran en dos cuestiones. Por un lado, la sentencia no hace referencia alguna a conceptos que las normas de conflicto utilizan en el enunciado de su supuestos de hecho, aunque esto podría deberse a que esta materia es específica en relación con el Derecho común de la responsabilidad civil. Pero, por otro, tampoco plantea otras hipótesis posibles como la potencial intervención de normas de policía en la materia o aquella que establece paralelismos entre el derecho patrimonial a la imagen y la propiedad intelectual¹³³¹.

¹³³⁰ Cass. Civ. (1er. C. Civ.), *Rev. crit. dr. int. Pr.* 1988 (77) 3, pp. 546-554, Nota P.Bourel (pp. 548 y ss.).

¹³³¹ Cf. P. Bourel, Nota sentencia, *loc. cit.*, pp. 550-551.

51. En esta cuestión, en el DIPr comparado pueden encontrarse todo tipo de supuestos –en aquellos ordenamientos jurídicos en los que se prevé norma de conflicto específica para los derechos referidos a la personalidad y/o para los efectos dañinos sobre éstos¹³³²-. Por ejemplo, el art. 27 del Código Civil portugués establece que “los derechos de la personalidad, en lo que respecta a su existencia, tutela y restricciones a su ejercicio, se regirán por la ley personal”¹³³³. Por su parte, la Ley de reforma del sistema italiano, en su artículo 24 distingue en dos párrafos entre la ley aplicable existencia y al contenido de los derechos de la personalidad -que se rige por la ley personal- y la ley aplicable a las consecuencias por la violación de tales derechos -que se rige por la ley aplicable al estatuto delictual¹³³⁴. Pero el hecho de que los efectos o consecuencias jurídicas derivadas de ilícitos se rijan por el estatuto delictual, supone que previamente haya que acudir a la ley rectora del derecho (la ley personal según el art. 24.1 Ley italiana), ya que cada ordenamiento jurídico configura de forma distinta estos derechos de la personalidad. En consecuencia, una misma actuación puede ser tildada de lesiva en un Estado mientras que en otro es totalmente lícita; lo que conduce irremediablemente a que la lesión de estos derechos supone consecuencias jurídicas diversas dependiendo del ordenamiento¹³³⁵. Pero además de todo ello, no se puede dejar de hacer referencia a la posible incidencia del orden público en esta materia -tanto de carácter nacional como internacional-. Aunque en el ámbito de este tipo de derechos fundamentales expresamente sancionados en Declaraciones y Convenios internacionales, la distinción entre orden público nacional e internacional carece de

¹³³² Lo que no ocurre en sistemas como el español donde no existe otra norma conflictual aplicable distinta de la prevista para el estatuto delictual (art. 10.9 Cc), de tal manera que la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales será la que determine quiénes puede solicitar ante los tribunales tutela de sus derechos frente a atentados, y cuándo –esto es, cuándo se entiende que existió ese atentado y los requisitos necesarios para poder ejercitar la acción correspondiente-.

¹³³³ Vid. E. Dias Oliveira, *Da responsabilidade Civil...*, ob. cit., pp. 298- 313.

¹³³⁴ “1. La existencia y el contenido de los derechos de la personalidad se regulan por la ley nacional del sujeto; sin embargo, los derechos derivados de una relación de familia se regulan por la ley aplicable a esta relación. 2. La consecuencia de la violación de los derechos regulados en el apartado 1 se rigen por la ley aplicable a la responsabilidad por los actos ilícitos.”

¹³³⁵ En lo que se refiere al impacto de esta solución en el Derecho italiano, E. Vitta, *Corso di diritto internazionale privato e processuale*, 5a ed. Turín, 1994, p. 176; R. Quadri, “Note sui diritti della personalità nel diritto internazionale privato”, en *Scritti giuridici II*, Milano, 1988, pp.777-788.

relevancia alguna¹³³⁶.

52. En definitiva, la cuestión de los sujetos legitimados -por su titularidad- para poder reclamar judicialmente la tutela de los derechos relacionados con la personalidad, puede estar reglamentada: bien por la ley reguladora del contenido y alcance del derecho de la personalidad en cuestión – que típicamente, será la ley personal del perjudicado-, para aquellos supuestos en los que el sistema de DIPr nacional establece un fraccionamiento de leyes en función del propio derecho de la personalidad y la responsabilidad que se deriva de su lesión; bien por la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual (para aquellos sistemas como el español en los que se remiten a la regla general prevista para la reglamentación del estatuto delictual).

2.-) Medidas de protección frente a las lesiones

53. Otra de las cuestiones que se consideran típicamente como incluidas dentro del ámbito de aplicación de la ley rectora de la responsabilidad son los mecanismos o medidas de protección con los que la víctima cuenta frente a los ataques a sus derechos de la personalidad. Cada Estado tiene su propio estándar de protección para los derechos de la personalidad, lo que puede suponer que las medidas o mecanismos de protección previstos sean distintos –e incluso cuando el estándar de protección sea similar las medidas de tutela pueden diferir entre los sistemas jurídicos-, de ahí que la concreción del Derecho aplicable sea tan relevante¹³³⁷. Además, como consecuencia del distinto tratamiento nacional de la materia, es posible que el Derecho aplicable al fondo no reconozca los mismos derechos que pueden relacionarse con la personalidad que en el foro, con lo que es posible que para ciertos supuestos litigiosos no tenga prevista tutela alguna –medidas de protección-¹³³⁸. En consecuencia, la distinta perspectiva o enfoque a la hora de abordar un mismo supuesto por los sistemas jurídicos nacionales, supone que

¹³³⁶ Dada la interpretación entre Derecho internacional de los Derechos Humanos y Derechos y Libertades fundamentales. Cf. E. Vitta, *Corso di Diritto...*, *ob. cit.*, pp. 153-153.

¹³³⁷ Para una visión comparada del Derecho de daños en la materia *vid.*, P.D. Ollier y J.P. Le Gall, “Violation of the rights of the personality”, Chapter 10 (Various Damages), apartado 10-70. en E. Tunc (ed.), *Int. Enc. Comp. L.: Torts*, Vol. XI/2, 1983 y J. J. Álvarez Rubio, “Delitos civiles contra...”, *loc. cit.*, pp. 291 y ss.

¹³³⁸ Lo que puede ser contrario al orden público del foro.

la concreción del tribunal que vaya a conocer tenga una importancia esencial en este tipo de casos -incluso dentro de la misma familia jurídica¹³³⁹-. No obstante, sí que existe un elemento generalizado en todos los sistemas jurídicos nacionales a la hora de reglamentar las medidas de tutela de los derechos de la personalidad. En todos los ordenamientos tiene particular relevancia el carácter público del titular (personajes públicos o al menos de pública notoriedad), tanto a la hora de adoptar las posibles medidas de protección como para decidir definitivamente sobre la ilicitud de la intromisión. Pues en caso de que puedan ser considerados como tales, sus derechos de la personalidad sufren mayores restricciones que los sujetos anónimos, ya que existe un interés público o general sobre sus vidas, circunstancias, intereses, etc.¹³⁴⁰. En consecuencia, es posible la legitimación de ciertas actuaciones en principio ilegítimas por vía de excepción (como por ejemplo así ocurre en el sistema español, que permite la captación de imágenes en lugares públicos, art. 8.2 a) LO1/82); pero además esa nota de “notoriedad” del sujeto hace necesario compatibilizar sus derechos con el de la libertad de información (y en su caso de expresión)¹³⁴¹ ya que no es absoluto.

¹³³⁹ Como así ocurren por ejemplo entre los sistemas del *common law* inglés y estadounidense en materia de difamación. Para una visión comparada en general de los sistemas del *common law* en esta materia *vid.*, A. T. Kenyon, *Defamation: comparative Law and practice*, Abingdon, 2006 y D. Price, K. Doudu, N. Cain, *Defamation: Law, procedure & practice*, 4 ed, Londres, 2010.

¹³⁴⁰ Pero el hecho de que el actor sea una persona que por su profesión y vinculación a los medios pueda resultar más o menos conocido para los ciudadanos, o tenga cierta trascendencia pública, no significa que no pueda reservar su intimidad, y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 7).

¹³⁴¹ Y hay que recordar que la doctrina del TC ha declarado reiteradamente que el derecho a la libertad de expresión o información goza de cierta preeminencia respecto de estos derechos de la personalidad (STC de 18 de octubre de 2004, RTC 2004/171), más aun cuando se trata de personajes públicos, siempre que se den una serie de requisitos: a) Un interés general y la relevancia pública de la información divulgada, como presupuesto de la misma idea que noticia y como indicio de correspondencia de la información con un interés general en el conocimiento de los hechos sobre los que versa (SSTC 197/1991, RTC 1991\197; 214/1991, RTC 1991\214; 138/1996, RTC 1996\138; y 3/1997, RTC 1997\3); b) Que en consecuencia el derecho a informar se ve disminuido esencialmente si no se refiere a personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo en el tema (STC 138/1996); c) Que la información ha de ceñirse a una información que sea veraz, y así será la información comprobada y contrastada según los cánones de la profesionalidad informativa (STC 6/1988, RTC 1988\6)

54. En términos generales, los mecanismos de protección de la víctima en este tipo de casos se traducen –en la generalidad de los ordenamientos- fundamentalmente en tres tipos de medidas: de prevención, cese y reparación del daño. El tratamiento de la cuestión se hará de manera diferenciada, tratando por un lado las acciones indemnizatorias, por otro el derecho de respuesta –o medidas equivalentes, específicas para este tipo de daños- y, finalmente, las medidas de prevención y cese. Esta delimitación se realiza con el objeto de determinar –en cada una de estas medidas- aquellas que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la ley y cuales se encuentran excluidas –y, en ese caso, si es posible, concretar qué otra ley será la rectora-

A) Presupuestos

55. Antes de entrar a analizar la medidas específicas que cada ordenamiento jurídico prevé para la tutela de estos derechos frente a ataques no legitimados en su sistema, es necesario abordar una cuestión previa esencial: cuándo el perjudicado tiene derecho a reclamar. En la responsabilidad civil la condena al presunto agente presupone la existencia de un daño y la cuantificación de éste (al menos si lo que se ejercita es la acción resarcitoria, no así respecto de la medidas de cesación). La carga de prueba de estos elementos, como regla general, recae sobre el presunto perjudicado. Es el Derecho material aplicable a la responsabilidad el que determine los presupuestos necesarios que se deben dar para que se pueda reclamar dicha responsabilidad, a quién le corresponde la prueba de su concurrencia y, en su caso, los modos de probar (por ejemplo, si es que existen presunciones en relación con cierto tipo de daños). En el Derecho comparado puede verse que existen en este sentido ordenamientos jurídicos en los que no siempre se exige la concreta prueba del daño y de su cuantificación –como es el caso de los sistemas norteamericano, el inglés o el francés¹³⁴², a diferencia de lo que ocurre con el portugués, el italiano o el alemán¹³⁴³. En el caso español, la reglamentación que de la cuestión hace la LO 1/82 permite afirmar que el daño se presume si se prueba por el perjudicado la concurrencia de alguna de las intromisiones ilegítimas recogidas en el

¹³⁴² Vid. *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*, Vol. XI/2, E. Tunc (ed.), 1983, p. 71.

¹³⁴³ Véase un análisis de las exigencias de la prueba del daño y cuantificación del mismo en el tratamiento comparado de la responsabilidad civil derivada de las violaciones a los derechos de la personalidad en general en E. Dias Oliveira, *Da responsabilidade ...*, ob. cit., pp. 171- 191.

art. 7¹³⁴⁴.

En particular, para los ordenamientos pertenecientes al sistema del *common law*, por regla general, el perjudicado debe probar que sufrió los daños y su respectivo valor económico (en caso contrario, la acción será declarada improcedente)¹³⁴⁵. Ahora bien, hay determinados *torts* el sistema inglés en los que la existencia de algunos daños se presume, de tal manera que esos *torts* se constituyen como accionables por sí mismos (*torts actionable per se*). Es el caso particular del *tort of libel* y, en algunos casos, el *tort of slander* (en definitiva en supuestos de difamación en sentido amplio). Esta presunción resulta del hecho de la dificultad que supone establecer una prueba del daño derivado de la lesión de la reputación¹³⁴⁶. En consecuencia, cuando se trate de un supuesto de difamación, y resulte de aplicación la *Tort of Defamation* inglesa, es posible reconocer al perjudicado grandes sumas de dinero en concepto de indemnización sin que haya tenido que probar los perjuicios sufridos¹³⁴⁷.

En este sentido, resulta interesante comparar la reglamentación que se hace de estas cuestiones en los sistemas inglés y norteamericano. Las leyes de difamación inglesas difieren del sistema norteamericano fundamentalmente en el enfoque¹³⁴⁸. Las

¹³⁴⁴ Tal y como se establece en el art. 9.3º LO1/82: “La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima”.

¹³⁴⁵ En general sobre el Derecho de daños en el sistema *common law*, vid. H. McGregor, *Damages*, 17ª ed., Londres, 2003, p. 297. En específico sobre los daños a los derechos de la personalidad vid. B. Markesinis, M. Coester, G. Alpa y A. Ullstein, *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law: A Comparative Outline*, Cambridge, 2005, p. 3.

¹³⁴⁶ Vid. *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*, Vol. XI/2, ob. cit., p. 72; W. L. Prosser, W. Page Keeton, Cap. 20, Secc. 117 “Right of privacy”, *The Law of Torts*, ob. it., p. 887.

¹³⁴⁷ Vid. G. Warner, “Comparative Tort Law”, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2008, pp. 1003-1041, en esp. p. 1006. Este potencial peligro dentro de la UE ya se puso de manifiesto en el momento en que este tipo de daños se excluyó expresamente del ámbito de aplicación del RRRII. En este sentido, vid. C. J. Kunke, “Rome II and Defamation: Will the Tail wag the dog”, *Emory Int’l L. Rev.*, 2005, Vol. 19, pp. 1733- 1772, en esp. p. 1746.

¹³⁴⁸ Los distintos estándares de protección de los derechos de la personalidad –en particular en caso de difamación– vienen determinados en cada país por su sistema de valores, su sistema político y por su historia. Pero en el caso de EEUU y Reino Unido, aunque comparten la misma tradición del *common law defamation*, ambos Estados han desarrollado posturas divergentes en lo que se refiere al equilibrio entre los intereses reputación y libertad de expresión. Vid. A. Warsaw, “Uncertainty from

leyes inglesas se consideran *pro-demandante*, en el sentido de que es el acusado debe probar que no cometió la presunta difamación –carga de la prueba recae sobre la parte demandada-¹³⁴⁹. Esto es lo contrario a lo que ocurre en el sistema norteamericano, pues su ley de difamación hace recaer la carga de la prueba a la parte demandante para demostrar que la supuesta declaración que alega es calumniosa, que existe malicia y el daño causado¹³⁵⁰. La distinta aproximación legislativa que de la misma materia realizan

abroad...”, *loc. cit.*, pp. 269-309. Aunque tras el escándalo de las escuchas en el Reino Unido del pasado mes de julio de 2011 (destapadas por la investigación realizada por *Lord Justice Leveson*) se ha manifestado la necesidad de modificar la actual reglamentación inglesa sobre prensa. En este sentido, encontrar la aproximación más adecuada para realizar esta futura regulación no parece una cuestión esencial, ni si quiera lo tienen claro los propios interesados –los medios de comunicación-. Como así se deriva de las manifestaciones realizadas por los dos principales periódicos ingleses. Mientras que el redactor de el periódico *The Guardian* ha manifestado su inclinación por una ley estatal que apuntalase una autorregulación más estricta pero que al mismo tiempo también proporcione más protección a los medios frente a las acciones por libelo, el redactor de *The Times* manifestó su reservas ante cualquier participación o intervención estatal en la libertad de la prensa. Para más detalles véase artículo publicado el 17 de enero de 2012, en la versión digital del *Financial Times* por B. Fenton “Editors split over state role in press regulation” (<http://www.ft.com/intl/cms/s/0/338d65ac-4118-11e1-b521-00144feab49a.html#axzz1kN5xwy2e>).

¹³⁴⁹ En particular, en lo que se refiere al requisito de la culpa en los sistemas inglés e irlandés en comparación del sistema estadounidense para la existencia de la difamación, *vid.* U. N. Raifeartaigh, “Fault Issues and Libel Law - A Comparison between Irish, English and United States Law”; *ICLQ*, Vol. 40, 1991, pp. 763- 783. Aunque la mayor parte de las reclamaciones que en este artículo se hacían - en cuanto a la reglamentación de la materia- venían referidas al *status quo* de la cuestión anterior a la vigente *Defamation Act* 1996 (por lo que ya no resultan de aplicación, en particular en lo que respecta a las medidas de protección para las víctimas: la exigencia de un estándar de cuidado razonable -para el demandado- que en caso de incumplimiento diera lugar al derecho indemnizatorio de la víctima, así como un derecho de rectificación o corrección -concurrente o con independencia de la acción indemnizatoria-); pp. 780-783.

¹³⁵⁰ Desde la perspectiva del Derecho inglés, para un análisis pormenorizado de los asuntos judiciales más relevantes de difamación por los medios, véase S. Hadwin y D. Bloy, *Law and The media*, Londres, 2007, pp. 44-94 (Capítulo 2: *Defamation*). En particular toda la jurisprudencia referida en las pp. 76-94. En lo que se refiere al tratamiento jurisprudencial de la privacidad (*privacy and confidentiality* en el Derecho anglosajón) frente a la libertad de expresión e información por los medios de comunicación (pp. 119- 155). Desde una perspectiva comparativa de distintos sistemas pertenecientes al *common law*, exclusivamente para los supuestos de difamación, *vid.* W. V. Horton Rogers, *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Viena, 2001; *id.* Winfield & Jolowicz *Tort*, Londres, 2010 (Capítulo 12).

estos sistemas jurídicos -con resultados tan dispares- conduce a que este tipo de acciones se presenten típicamente ante los tribunales ingleses -fomentando el *libel turismo*-.

56. También en el sistema francés, en aplicación del principio general de responsabilidad por daños en un interés legítimo exige, para el reconocimiento y atribución de la indemnización, la prueba de los daños¹³⁵¹ -relativos a los bienes de la personalidad-. No obstante, en ciertos casos dicha prueba no es necesaria, ya que resulta del hecho de que se reconozca que la indemnización es un medio de compensación frente a violaciones de derechos absolutos -aunque esta presunción no abarque todos presupuestos de responsabilidad civil-¹³⁵². En este sentido, siendo la lesión de un bien de la personalidad en sí mismo un hecho sancionable, la atribución al presunto perjudicado en su derecho de una cantidad indemnizatoria es casi automática. De tal manera que la consagración de un derecho a la vida privada en el art. 9 del Código civil francés (*droit á la vie privé*) ha conducido a que la jurisprudencia nacional haya establecido que el perjudicado no tenga que probar ni el daño ni la falta¹³⁵³. En definitiva, la violación al derecho a la vida privada constituye en el sistema francés un perjuicio indemnizable en sí mismo¹³⁵⁴.

Resulta particularmente interesante la regulación de los supuestos de responsabilidad civil por difamación en el Derecho francés (que al no referirse a un bien de la personalidad tutelado por el derecho a la vida privada del art. 9 del Código civil, corresponde la aplicación de las reglas generales de responsabilidad civil y, en

¹³⁵¹ Vid. P. Malinvaud, *Droit des obligations*, 9º ed, Paris, 2005, pp. 342 y ss.

¹³⁵² Vid. International Encyclopedia of Comparative Law: Torts, Vol. XI/2, *ob. cit.*, pp. 75-76.

¹³⁵³ En este sentido la postura de la Corte de casación es muy reveladora, ya que la simple constatación de una violación de la reserva de la vida privada confiere un derecho de reparación al perjudicado, presumiéndose el perjuicio y asimilando la falta. Vid. en E. Dias Oliveira, *Da responsabilidade ...*, *ob. cit.*, toda la jurisprudencia nacional francesa y doctrina al respecto referida en sus notas a pie núms. 781 a 786.

¹³⁵⁴ Lo que no está generalizado al resto de bienes de la personalidad -para su tutela-. En este sentido, la ley francesa no establece una protección uniforme a los posibles derechos referidos a la personalidad. En aquellos supuestos en los que el bien de la personalidad está incluido dentro del concepto de vida privada del art. 9 del Cc -o en otra disposición legal-, el daño y la falta se presume. Para el resto de supuestos se aplican las reglas generales de responsabilidad civil. *Ibid.* p. 174.

consecuencia, la prueba del daño y su cuantificación). En este sentido, puede referirse los particulares problemas de prueba de la existencia del daño -de la difamación- que pueden surgir para el perjudicado en relación con el medio utilizado para la publicación y difusión del contenido lesivo. De la práctica jurisprudencial francesa en esta cuestión puede afirmarse que los jueces son exigentes en cuanto a la prueba de la difusión del contenido difamante por el perjudicado, pero se muestran bastante tolerantes respecto de los autores de comentarios u observaciones -potencialmente difamantes- intercambiadas en foros de debate *online* -tutelándolos bajo la libertad de expresión e información¹³⁵⁵-. La prueba de la existencia del material difamatorio y su difusión en la red resulta muy complicada para el demandante debido al diseño de la ley procesal francesa¹³⁵⁶ y la práctica jurisprudencial al respecto. En todo procedimiento hay que mostrar desde el inicio que se cuenta con pruebas suficientes de la existencia de la difamación -para que el juez entienda que existen indicios bastantes para incoar el procedimiento-. Así, por ejemplo, en el ámbito penal (por aplicación del artículo 427 del Código de procedimiento penal¹³⁵⁷), los jueces no atribuyen ningún valor a la sola producción de una copia de pantalla¹³⁵⁸ a los efectos de probar la existencia de la difamación¹³⁵⁹; por lo que en definitiva haría falta al menos

¹³⁵⁵ Para un estudio pormenorizado del tema, véase, P. Reynaud, “Chronique : droit de la presse sur internet”; *Droit & Technologies - Le Portail du Droit des Nouvelles Technologies (Actualité: droit de la press sur Internet)*, <http://www.droit-technologie.org/actuality/details.asp?id=1165>, (27/10/2008).

¹³⁵⁶ Código civil de procedimiento francés, (Decreto no 2005-1308, de 20 de octubre de 2005, Boletín Oficial de 22 de octubre de 2005, versión en español disponible en <http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=esp&c=45>), y *Code de procédure pénale* (versión actualizada a 1 de enero de 2012 disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=2012011>). Toda vez que la difamación puede dar lugar tanto a procedimientos civiles como penales.

¹³⁵⁷ Fuera de los casos donde la ley disponga lo contrario, las infracciones pueden probarse por cualquier medio de prueba y el juez decidirá según su propia consideración. El juez puede fundar su decisión sólo sobre pruebas que le son aportadas en el curso de los debates y contradictoriamente discutidas en su presencia. (traducción del francés nuestra).

¹³⁵⁸ Lo que en términos coloquiales se denomina “pantallazo”.

¹³⁵⁹ En este sentido se ha manifestado el Tribunal de Apelación de Saint-Denis en la Resolución de 10 de abril de 2008, en un supuesto sobre difamación a través de Internet. Para la Corte, "tratarse de un procedimiento de comunicación electrónica sobre la red, la sola producción de la

otros indicios serios para probarlo. El mismo razonamiento es válido para los procedimientos civiles por difamación. Teóricamente, la ley procesal civil permite para probar la difusión de materiales lesivos en Internet todo tipo de prueba¹³⁶⁰, pero como por la jurisprudencia nacional no se le da valor alguno a la copia simple de pantalla éste no es, por tanto, un indicio suficiente para probar la difusión¹³⁶¹. Esta exhaustividad judicial predicada respecto de la carga de la prueba para el demandante de la distribución en Internet de materiales difamatorios, unida a la tendencia generalizada de tutelar los comentarios y afirmaciones vertidas en la *web* mediante la libertad de expresión, parece que justificaría afirmar que la jurisprudencia se ha mostrado más favorable a la tutela de la libertad de expresión en el medio virtual que a la de los derechos de la personalidad que puedan resultar presuntamente dañados en el ejercicio de ésta¹³⁶². En consecuencia, sería posible afirmar que los jueces franceses utilizan distintos criterios según las especificidades de los medios de comunicación de que se trate¹³⁶³.

impresión sobre papel de las páginas editadas sobre el blog, cuyo contenido es por definición efímero y cambiante, no basta con establecer con certeza la materialidad auténtica de los escritos visibles sobre el sitio, ni como consecuencia la fecha cierta de su aparición". (<http://www.droit-technologie.org/actuality/details.asp?id=1165>).

¹³⁶⁰ Art. 143 Código civil procesal: *Los hechos de los que dependa la solución del litigio podrían ser objeto, a instancia de parte o de oficio, de cualquier medio de prueba que resulte legalmente admisible.*

¹³⁶¹ El problema está en el margen de discrecionalidad que legalmente se les reconoce a los jueces a la hora de hacer la valoración de la prueba. Así, el artículo 1353 del Código Civil francés deja a la prudencia de los jueces la apreciación del valor probatorio de las presunciones. Este precepto, para ello, recomienda la admisión de sólo aquellas presunciones que son “graves, precisas y concordantes”. Y es precisamente en estos parámetros en los que la mera copia de pantalla probablemente no responde a estas exigencias.

¹³⁶² Lo que unido a las dificultades procesales para ejercitar una acción judicial en esta materia, no garantiza el necesario equilibrio entre el derecho de libertad de la prensa y la protección de los derechos de la personalidad cuando se refiere a materiales difundidos a través de Internet.

¹³⁶³ La Sentencia del Tribunal de Apelación de París de 15 de mayo de 2008, en un asunto relativo a manifestaciones denigrantes vertidas en foros de discusión sobre el mercado bursátil afirma: “*que ce type d’instrument informatique est un lieu virtuel de libre expression se caractrisant par une trs grande libert de propos ; que dans les deux cas, le texte des messages incrimins, pour vifs, voir familiers, qu’ils soient, ne dpassent pas l’expression libre et critique habituelle de ce type de milieu*” (fuente: <http://www.droit-technologie.org/actuality/details.asp?id=1165>). Puede deducirse de eso que los mensajes intercambiados en los foros, hasta en los supuestos de acceso libre, es tratado por los

B) Reparación del daño: acción resarcitoria

57. Las medidas económicas y el derecho de respuesta –o medidas equivalentes– son típicamente ejercitadas de manera conjunta por la víctima en este tipo de litigios, lo que justifica aquí su tratamiento conjunto. En la generalidad de ordenamientos se reconoce el derecho de la víctima a recibir una compensación económica – indemnización– por los daños sufridos, con independencia de la denominación utilizada¹³⁶⁴. El reconocimiento de una compensación económica para el que ha sufrido daños en sus derechos de la personalidad es una medida común no sólo en los sistemas europeos o anglosajones, sino en sistemas tan alejados como por ejemplo en el Derecho chino¹³⁶⁵. Al margen de los criterios establecidos para probar la existencia del daño, la relación de causalidad entre la acción/omisión y el daño, las mayores diferencias entre los sistemas se encuentra en la cuantificación económica de los daños¹³⁶⁶, así como los

jueces de un modo distinto a los escritos en un periódico tradicional.

¹³⁶⁴ Por ejemplo, en los sistemas de la familia del *common law* la atribución de una indemnización económica –y no la reparación natural– constituye la forma principal de reparar los daños no patrimoniales, cuando hay alguna *tort* que lo tutele (como es el caso de la *defamation* o de la *invasión of privacy*). Vid. M. Tugendhat y I. Christie, *The Law of Privacy and the Media*, 2ª ed., Oxford, 2012, p. 443. Como ejemplo puede referirse en el sistema inglés el reconocimiento de los denominados *compensatory damages*. En esta materia se habla de la existencia de un “range” (o rango) de daños para pérdidas no pecuniarias en casos de lesiones a derechos personales, que va desde el reconocimiento de indemnizaciones nominales a simbólicas. Vide, W.V. Horton Rogers (ed.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, ob. cit., pp. 80-81 (párr. 72-73). En particular, desde la perspectiva del Derecho inglés, –a la luz del asunto *Campbell v MGN Ltd.*–, véase, N. Witzleb, “Monetary remedies for breach of confidence in privacy cases”, *Legal Stud.*, Vol. 27 Issue 3, 2007, pp. 430-464. Desde una perspectiva comparada entre Reino Unido, EEUU, India y Nueva Zelanda –aunque en general para los derechos fundamentales– véase L. Tortell, *Monetary remedies for breach of Human Rights: a comparative study*, Oxford, 2006.

¹³⁶⁵ En el ordenamiento chino, para el caso de que se declare la existencia de un atentado contra el honor o la reputación (*libel o slander*) se prevén penas tanto de naturaleza penal como civil. Que pueden resumirse en multas cuantiosas y penas privativas de libertad. Para un mayor abundamiento de la cuestión en el ordenamiento chino –en comparación con el sistema estadounidense– Véase M. K. Bauman, “Defamation in Hong Kong and the People’s Republic of China: Potential Perils of Two Standards of Free Speech”, *Hastings Int’l & Com. L. Rev.*, vol. 15, 1992, pp. 671-694, en esp. p. 686, donde se referencia casos donde se han impuesto penas de prisión hasta de 3 años.

¹³⁶⁶ En cuanto a los procedimientos y medidas de protección previstas en el Derecho inglés

conceptos que se incluyen dentro de esa indemnización y la función que la obligación de responsabilidad del demandado cumple (reparar, resarcir o castigar)¹³⁶⁷. Todas estas cuestiones serán reglamentadas por el Derecho aplicable a la obligación extracontractual –al estar dentro del ámbito de aplicación de esta ley-.

58. Las diferentes aproximaciones o enfoques de los sistemas nacionales en lo que respecta a los daños –que pueden resultar muy divergentes entre sí-, en esta materia pueden conllevar –en función del ordenamiento finalmente aplicable- soluciones muy distintas para la víctima. En este contexto cabe destacar los denominados *punitive damages* frente a los daños compensatorios. Frente a la función resarcitoria en la que se fundamenta los daños en ciertos sistemas jurídicos tales como el español¹³⁶⁸, los *punitive damages* se caracterizan por ser tener una naturaleza sancionadora – pues cumplen una función de castigo para el responsable, con el objeto de persuadir¹³⁶⁹. Esta clase de daños son particularmente comunes en ciertos ordenamientos anglosajones –en particular en el sistema norteamericano-. No obstante, hay ordenamientos que en una primera aproximación parecen distintos al español –principalmente por la terminología

ante supuestos de difamación, *vid.*, Cap. 12 de W.V. Horton Rogers, *Winfield & Jolowicz Tort*, 18a ed., Londres, 2010, apartado 12.68; y en mismo sentido, W.V. Horton Rogers (ed.), *Damages for...*, *ob.cit.* El estado de la cuestión en el Derecho italiano puede verse en V. Zeno-Zencovich, “Damage Awards in Defamation Cases: An Italian View”, *ICLQ*, 1991 (40), pp. 691-699.

¹³⁶⁷ Existe prácticamente unanimidad entre los sistemas jurídicos nacionales en cuanto al hecho de que el *quantum* indemnizatorio debe incluir los daños morales. El problema está en la cuantificación de estos daños -ya que no son patrimoniales-, salvo los supuestos de aprovechamiento económico de estos bienes; cómo debe hacerse esa valoración -cómo puede ponerse precio a una reputación, cuánto vale la intimidad de una persona, etc.-. En el Derecho español el art. 9.3 LO 1/82 establece que la indemnización se “extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”. En términos similares, el ordenamiento jurídico portugués -en su art- 496.1º del Cód. Civil- determina que la fijación de la indemnización atenderá a los daños patrimoniales que, según la gravedad, merecen la tutela del derecho. Dado que la violación de los derechos de la personalidad es susceptible de tutela en el sistema nacional, esta violación implicará una indemnización por daños morales. *Vid.* E. Dias Oliveira, *Da responsabilidade ...*, *ob. cit.*, p. 180 .

¹³⁶⁸ Por ejemplo esta es la función que cumplen los ya referidos “*compensatory damages*” en el sistema inglés: la de compensar o reparar a la víctima del daño sufrido en sus derecho (*Defamation Act* 1996).

¹³⁶⁹ Desde una perspectiva comparada de la cuestión entre los sistemas pertenecientes al *common law* y al *civil law*, véase, B. A. Koch, “Punitive Damages...”, *loc.cit.* pp. 197-209.

utilizada- pero que desde el punto de vista del resultado no son tan distintos. Por ejemplo, en el sistema inglés aunque el remedio general en el caso de acción por difamación son los “*compensatory damages*”, se prevé gradualmente en función de la gravedad de los daños ocasionados otras medidas, que son -de menor a mayor gravedad- : *aggravated damages* y *exemplary damages*, que completan los daños compensatorios cuando así lo considera el tribunal¹³⁷⁰. En cualquier caso, en su consideración como daños morales –*no pecuniary damages*- jurisprudencialmente se ha limitado el importe máximo de la cuantía indemnizatoria¹³⁷¹. En particular, en los supuestos de difamación la aplicación o reconocimiento por la doctrina de este tipo de *damages* no solo puede realizarse sobre el autor material de las declaraciones difamantes, sino que es posible aplicarse a los intermediarios. En este sentido cabría aplicar los denominados *exemplary damages* contra los intermediarios si por estos se obtienen beneficios de las declaraciones vertidas¹³⁷².

Además, hay elementos de *facto* adicionales que pueden incidir en la concreción de la cuantía indemnizatoria en este tipo de daños –según el ordenamiento jurídico aplicable-. En particular, el comportamiento de las partes puede afectar a los daños, pues si el demandante tiene una mala reputación sus daños pueden ser reducidos¹³⁷³ y si

¹³⁷⁰ Véase, M. Collin, *The Law of Defamation...*, *ob.cit.*, pp. 294-296.

¹³⁷¹ Jurisprudencialmente se tiene establecido como límite máximo en concepto de daños morales -en cualquier ámbito- un importe de 350.000 £. *Vid.* toda la jurisprudencia referida y analizada en W.V. Horton Rogers (ed.), *Winfield & Jolowicz Tort, ob. cit.*, cap. 12, párrafo 12.68., en lo que respecta a los importes reconocidos por los tribunales ingleses como indemnizaciones para daños morales por difamación.

¹³⁷² *Vid.* M. Collin, *The Law of Defamation...*, *ob. cit.*, pp. 294-296.

¹³⁷³ Lo que es común no solo en el ordenamiento español sino también en el Derecho inglés. La *bad reputation* como recurso para mitigar los daños en la *Defamation Act* 1996 ha tenido un importante reflejo en la jurisprudencia anglosajona. Si bien, el principal requisito que la doctrina jurisprudencial ha establecido para que este extremo se aprecie es que por el demandado debe probarse la mala reputación respecto de la reputación general del demandante y no específicos actos de mal comportamiento. En este sentido, véanse, entre otras, mediante publicación de información difamante por periódico asunto *Burstein v. Times Newspaper Ltd*, Apelación (2001) 1 WLR 579; y en el ámbito de Internet, asunto *Godfrey v. Demon Internet Ltd* (No. 2) (English Hight Court, Morland J., 23 de abril de 1999). En este último caso se alegó por el demandado que el demandante provocó las manifestaciones difamantes –que se realizaron mediante mensajes insultantes en un tablón de anuncios/mensajes *online* (Bulletin Board) colgados por varios usuarios-, con su propio posting previo.

el comportamiento del demandado fue premeditado con el objeto de conseguir beneficios con su actuación, estos beneficios podrían fácilmente exceder la compensación que pueda tener que pagar al demandante como daños -y en estos casos podrían establecerse por el tribunal el pago de los “*exemplary damages*” por el demandado-. En este sentido, el ordenamiento inglés – y los de los países del entorno que siguen un sistema similar en lo que se refiere a los daños por difamación, aunque con sus particularidades¹³⁷⁴- no difiere del español en lo que respecta al resultado económico que la víctima puede obtener judicialmente –puede llegarse a resultados semejantes aunque con fundamentos distintos-.

59. Ahora bien, para aquellos supuestos en los que resulte de aplicación al caso un ordenamiento -tales como el norteamericano- que prevea la aplicación de *punitive damages*¹³⁷⁵, el resultado puede ser muy distinto. Fundamentalmente porque en estos casos se permite una amplia discreción al tribunal para establecer la cuantía indemnizatoria sin límites económicos preestablecidos¹³⁷⁶-. Para el caso de su

¹³⁷⁴ Por ejemplo en la *Irish Defamation Act* de 2009 se prevé la posibilidad de condenar al demandado -además de al pago de daños generales, especiales e incluso punitivos-, al pago de *aggravated damages* cuando la gravedad del atentado a la reputación as lo justifique para el tribunal, en cuantía que considere suficiente para compensar el agravamiento del daño causado (*Vid.* P. Salvador Coderch, “Punitive damages”, *loc. cit.*, p. 6). *Vid. Irish Defamation Act*, 2009, Part. 2. Remedies, section 32. En esta sección se hace referencia expresamente a los *punitive damages*: “*the court may, in addition to any general, special or aggravated damages payable by the defendant to the plaintiff, order the defendant to pay to the plaintiff damages (in this section referred to as “punitive damages”) of such amount as it considers appropriate*”. No obstante, esta terminología no coincide con la significación que de estos daños se hace en el sistema estadounidense –no admitido en el sistema español-. De tal manera, que la aplicación de este tipo de daños en principio, no tiene por qué dar un resultado distinto del que se hubiera llegado de haberse aplicado el sistema español.

¹³⁷⁵ Aunque para ello es necesario que se den una serie de requisitos como es la *real malice* para los supuestos de difamación. No obstante, la aplicación de este tipo de daños es discrecional por parte del juzgador. De tal manera que puede encontrarse casos en los que dándose los requisitos en función del sujeto presuntamente difamado no se reconocen este tipo de daños. En particular, cuando se trata de figuras públicas –lo que viene íntimamente relacionado con la especial protección constitucional de la libertad de expresión- *Vid.* S. A. Roberts, “Damages: Recovery of Punitive Damages Held Unconstitutional in Defamation Action Where Plaintiff Is a Public Figure and Liability Is Based on Actual Malice”, *Cumb. L. Rev.*, vol. 6, 1975-1976, pp. 267- 274.

¹³⁷⁶ En este sentido, véase, *The Model Punitive Damages Act*, promulgada por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Law (NCCUSL)* en 1996. Esta norma proporciona a los

aplicación, el posible resultado del litigio puede diferir en gran medida del sistema español¹³⁷⁷. Toda vez que los resultados que la víctima puede alcanzar son muy superiores desde el punto de vista económico. Por ello resulta tan relevante la determinación del sistema jurídico aplicable, que desde el punto de vista de la víctima estará más interesada en que se aplique aquél que sea más sancionador para los demandados, ya que supondrá una mayor indemnización. En cualquier caso, ya que no todos los sistemas nacionales prevén una función distinta para los daños a la resarcitoria -en particular los sistemas del *civil law*- frente a este tipo de *damages* de carácter punitivo -en el sentido otorgado por el sistema norteamericano- pueden plantearse problemas de índole práctica. Todo ello puede suponer que si el Derecho extranjero aplicable prevé este tipo de daños y el ordenamiento del foro no, cabría un eventual recurso a la cláusula de orden público para excluir la aplicación de ese Derecho extranjero¹³⁷⁸. En este sentido, aunque no resulte -aun- de aplicación en la materia el RRII, puede referirse el considerando 32 de este instrumento, para justificar la inaplicación del Derecho extranjero localizado cuando sea contrario al orden público del foro y, en particular, cuando éste suponga “la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva”.

60. Aquí también puede plantearse -en especial cuando se trata de supuestos de difamación-, cómo influye el medio utilizado para cometer el ilícito a la hora de valorar o cuantificar el daño causado en la reputación de la víctima. Cuando el medio utilizado

Estados modelos de procedimientos mejorados para conceder *los punitive damages*, incluyendo reglas sobre prueba, procedimientos para controlar indemnizaciones injustificadas, y el control del tribunal en la aplicación de los *punitive damages*. Sin embargo, esta norma no establece un límite máximo para los *punitive damages*. Si bien, esta norma no ha sido adoptada por ninguno de los Estados norteamericanos. (vid. *Model State Punitive Damages Act*, *U. Cin. L. Rev.*, Vol. 60, 1991-1992, pp. 1077- 1082).

¹³⁷⁷ Vid. E. Llamas Pombo, “Nuevo debate sobre los punitivos damages”, *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, N°. 101, 2012, pp. 4-7.

¹³⁷⁸ En la generalidad de los sistemas continentales la proporcionalidad de la sanción - indemnización- viene determinada por la función resarcitoria o de compensación de la responsabilidad civil. En este sentido se va a impedir la aplicación de aquellas leyes extranjeras que impongan al obligado una cuantía muy superior a la establecida en la ley del foro para esas obligaciones extracontractuales. Esta posibilidad se va a materializar a través del recurso a la cláusula general de orden público por el foro: bien en el momento de resolver sobre el fondo (Derecho aplicable), bien en el momento del reconocimiento de la eventual sentencia extranjera.

para la publicación y difusión de la información lesiva es Internet, es obvio que el alcance de esa difusión es superior al de cualquier medio de comunicación tradicional. En consecuencia, potencialmente el daño puede ser substantivamente mayor. El problema que se plantea en este contexto es la concreción del alcance del daño, cómo puede cuantificarse el daño ya que en el medio virtual la difusión puede ser global. Será la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual la que lo determine. La generalidad de legislaciones nacionales no establece criterios específicos para la cuantificación del daño cuando el medio utilizado sea Internet. Si bien, esto no tiene por qué suponer un problema, ya que ese aumento del daño –desde el punto de vista del mayor alcance de la difusión- es precisamente potencial, no tiene por qué verificarse. Es decir, al igual que ocurre con cualquier medio de comunicación -tradicional o no- para que se verifique el daño es necesario que concurra en cada país de distribución el interés protegido –reputación- lo que solo ocurre cuando la persona es allí conocida¹³⁷⁹. Esto conduce necesariamente a que en aquellos Estados donde ha tenido difusión la información controvertida, pero el sujeto no es conocido, no se ha producido un daño y, en consecuencia, no es resarcible. No obstante, sí que la jurisprudencia de algunos países se han mostrado favorables a la aplicación de medidas más “agravadas” cuando el medio para la producción del daño fue Internet¹³⁸⁰; lo que vuelve a poner de manifiesto la importancia de la determinación de la ley aplicable y del foro competente.

¹³⁷⁹ Vid. M. Nied, “Damage Awards in Internet Defamation Cases: Reassessing Assumptions About the Credibility of Online Speech”, *Alta L.Rew.*, oct. 2010 (<http://ssrn.com/abstract=1708586>). Donde se aboga por mantener los mismos criterios de credibilidad operativos cuando el medio de comunicación es tradicional, para evaluar y cuantificar los daños causados a los derechos de la personalidad –en especial frente a la difamación- mediante publicaciones de contenidos en Internet. Con ello, se evitaría una sobrevaloración de los daños -en relación con los daños reales causados a la reputación- en perjuicio de los posibles demandados, y al mismo tiempo, se garantizara la libertad de expresión en la red.

¹³⁸⁰ Vide, asuntos *Reichman v. Berlin* (Corte Superior de Justicia de Ontario, Sachs J, 8 julio 2002), “ 10 y 18; *Vaquero Energy Ltd v. Weir* (2004) 352 AR 191 (Alberta Court of Queens Bench), “ 18 y 26; *Barrick Gold Corporation v. Lopehandia* (2004) 71 OR (3d) 416, “62, 64. Lo que ha sido también apoyado por la doctrina. Entre otros M. Collin, que en lo que se refiere al contexto de Internet aborda la posibilidad de que los daños ejemplarizantes sean aplicados en los supuestos en los que el demandante es difamado por mensajes de *email*, tableros de anuncios *online* (*bulletin on board posting*), o páginas *webs*, cuando lo que se buscaba era causar daños importantes a su reputación en varios Estados, y el demandado (el intermediario) sabía o debería saber que era falsa la información (*The Law of Defamation...*, *ob. cit.*, pp. 295-296).

C) Derecho de respuesta

61. La otra medida de tutela que está bastante generalizada en esta materia -y que suele ejercitarse conjuntamente con la indemnizatoria por la víctima-, es el derecho de respuesta o réplica -o medidas equivalentes, por ejemplo la acción de rectificación¹³⁸¹ o incluso la de reconvención¹³⁸²-. El derecho de rectificación¹³⁸³ es un mecanismo específico que ante informaciones inexactas y perjudiciales la víctima tiene reconocido frente a los medios de comunicación que la publicaron/difundieron¹³⁸⁴. En la generalidad de sistemas nacionales esta acción específica únicamente parece que puede ejercitarse frente a los medios de comunicación. Aunque será la ley finalmente aplicable la que determine contra quién podrá ejercitarse efectivamente este tipo de medida, quién/es tienen la consideración de medio de comunicación -esto es, los requisitos necesarios para tal consideración-, los plazos para su ejercicio, cómo y cuándo, etc. En definitiva, la determinación de la ley aplicable resulta esencial ya que todas estas cuestiones varían en función de aquella.

No obstante, siguiendo esa previsión común de la generalidad de los ordenamientos en cuanto a la legitimación pasiva para los medios de comunicación, cuando el ámbito donde el daño se verificó fue el virtual surgen ciertas cuestiones.

¹³⁸¹ Por ejemplo en el Derecho francés, la Ley de 13 de julio de 1990 o “*ley Gayssot*” (nº 90-615) introduce un derecho de respuesta para toda persona que, en un diario o publicación periódica, hubiera sido víctima de alusiones que ofendiesen su honra debido a su pertenencia o no pertenencia a una etnia, nación, raza o religión determinada (<http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/PJEBB.htm>). En el Cód. Civil suizo se recoge el derecho de respuesta en los arts. 28 a), b) y g); lo que puede ponerse en relación con el derecho de rectificación que se reconoce en otros sistemas como el español (Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo -LODR-). O el derecho de réplica en la Ley de Prensa en el caso alemán, ver N. Braithwaite, *International Libel Handbook: A Practical Guide for Journalists*, Oxford, 1995, Capítulo 7.

¹³⁸² Por ejemplo, en la *Irish Defamation Act* 2009 (sec. 32).

¹³⁸³ Reglamentado en el ordenamiento jurídico español en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo (LODR).

¹³⁸⁴ Ese derecho de réplica incluso puede ser requerido -en ciertas circunstancias- si el supuesto cae dentro del ámbito de aplicación de la Directiva (art. 23) del Consejo de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (D. 89/552/CEE). *DO* (L) 298 (1989).

Cuando se hubiera utilizado la red para publicar/difundir la información lesiva, el perjudicado podría dirigir esta acción contra aquellos que tuvieran la consideración de medio de comunicación. Por ello, habría que dilucidar quién tiene en ese contexto tal consideración. Cuando se trate de versiones digitales de medios de comunicación no existe duda alguna de ello. Y lo mismo ocurrirá cuando se trate de medios de comunicación exclusivamente digitales –por ejemplo, periódicos *online*, aunque no cumplan los requisitos de registro y demás condiciones de carácter generalmente administrativo que las legislaciones nacionales exigen a los medios de comunicación-. Pero fuera de estos supuestos puede plantearse si cabe el ejercicio de este tipo de acción en particular frente al titular de un blog, cuando éste haya colgado/publicado manifestaciones lesivas –difamantes, principalmente- en él o haya permitido su publicación¹³⁸⁵. En estos casos, quizá podría plantearse la posibilidad de reconocer a la víctima el derecho a ejercer una medida judicial equivalente frente a ese concreto prestador de servicios en cuestión, ya que en ese supuesto actúa no como mero intermediario sino de manera análoga a un medio de comunicación –en aquellos supuestos en los que por ejemplo se publican cartas al director que pueden resultar controvertidas-. En cualquier caso, será la ley aplicable al derecho de respuesta o medida equivalente el que dé la respuesta en cada caso, pues ésta será el que determine en qué condiciones y frente a quién podrá ejercitarse.

62. Como regla general, el derecho de respuesta, réplica o medida equivalente es una de las medidas de tutela que se encuentran reglamentadas por la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual -y, en consecuencia, se regir por la misma ley que la acción de resarcimiento o indemnizatoria-. No obstante, teniendo en cuenta su especificidad, se ha planteado la conveniencia de que este tipo de medidas tuviera una conexión autónoma. Tal es el caso de la iniciativa de revisión del RRII presentada recientemente por el Parlamento Europeo con el objeto de incluir dentro de su ámbito material las obligaciones extracontractuales por daños a los derechos de la personalidad –en particular la difamación-¹³⁸⁶. En el art. 5 a) de la Propuesta se establecen soluciones

¹³⁸⁵ Vid., J. Tumbridge, “Defamation –The Dilemma for Bloggers and their Commenters”, *EIPR*, núm. 31 (10), 2009, pp. 505-507.

¹³⁸⁶ Que si bien será analizada separadamente en un apartado posterior, se hace necesario referirla ahora a los efectos de dibujar los posibles problemas de delimitación del alcance de la ley aplicable a la responsabilidad.

de Derecho aplicable distintas según se ejercite por la víctima acción de indemnización –en términos generales, *locus damni*, números 1º y 2º-, o derecho de réplica contra medios de comunicación donde se ha publicado el contenido lesivo (ley de residencia habitual del editor o el radiodifusor, número 3º). Esta es una regla especial que al tener en consideración únicamente el criterio del establecimiento del medio de comunicación, se manifiesta como favorable para esta parte en detrimento del perjudicado. Esto es, incluso cuando el supuesto recayera dentro del ámbito del art. 5.1º ó 2º, el derecho de réplica de la víctima se regiría por la ley de residencia habitual del medio de comunicación responsable.

Si finalmente esta Propuesta se materializa, los tribunales de los Estados miembros tendrían que aplicar –en un mismo litigio- ordenamientos jurídicos distintos si es que la víctima ejercitó las dos acciones conjuntas –resarcitoria y de réplica-. Las consecuencias prácticas podrían ser importantes –por lo que esta solución puede ser en este sentido claramente criticable¹³⁸⁷, además de por ese desequilibrio entre las partes-. Por ejemplo, dado que el sujeto/s contra los que se puedan ejercitar la acción en cuestión difieren en función del Derecho aplicable-, el que inicialmente aparezca como legitimado pasivamente luego puede no serlo –en función de el ordenamiento aplicable-. Lo mismo puede decirse en cuanto a las condiciones para su ejercicio tales como los plazos, fases previas extrajudiciales obligatorias, etc. En consecuencia, la posibilidad de que cada una de estas acciones se reglamente por un ordenamiento distinto supondría –al menos- tener que volver a revisar tanto la legitimación activa, como la pasiva (como cuestiones previas, ya que el alcance y contenido de la acción ya se resolverían junto con el fondo del asunto), así como el cumplimiento de las condiciones para su ejercicio (lo que conduce irremediamente a la dilatación del proceso judicial). Por lo tanto, desde el punto de vista práctico resulta inapropiado –además de injustificado-. Pues supone someter a distintos Derechos –dentro de la misma situación jurídica-, por un lado la existencia de la lesión del derecho al honor/intimidad y, por otro, los posibles remedios a dicha lesión. Esto únicamente conlleva complicar aun más la resolución del litigio para el juez del foro. Pero más aun cuando la norma para fundamentar esta regla

¹³⁸⁷ Esta solución ya se criticó por la doctrina en relación con la anterior Propuesta del parlamento –primera lectura- previa a la aprobación del texto definitivo del RR II –donde finalmente se excluyó la materia-, Véase, K. Siehr, “Violation of privacy and Rights relating to the personality”, *loc. cit.*, p. 169-170; M. Amores Conradi y E. Torralba Mendiola, *Difamación y Roma II*”; *loc. cit.*, p. 261.

parte de una premisa incorrecta, esto es, se parte de un supuesto en particular: la eventual contradicción de la decisión judicial sobre el derecho de respuesta o equivalente con los principios fundamentales del ordenamiento donde deba desplegar sus efectos esta medida; lo que conduce irremediablemente al fraccionamiento del supuesto en lo que refiere a la ley/es aplicable/s lo que favorece –desde el principio- la posición de una de las partes en litigio –el medio de comunicación-¹³⁸⁸.

D) Medidas de prevención y cese

63. Otras medidas de tutela frente atentados contra los derechos de la personalidad son las de prevención, de cese y de prohibición. Generalmente este tipo de acciones se ejercitan por la víctima conjuntamente con la acción resarcitoria o indemnizatoria -aunque también es posible su ejercicio individual, en particular en aquellos supuestos en los que no puede exigirse responsabilidad al demandado pero sí pueda ejercitarse acción de cesación contra él, como ocurre en relación con los prestadores de servicio de la sociedad de la información-. Estas medidas pueden ejercitarse como acción principal o como medidas de carácter cautelar o provisional - paralelamente a la acción principal-. En función de la naturaleza de la medida pueden incidir varios sistemas nacionales: la *lex fori* y la *lex delicti* -en tanto que pueden estar presentes componentes procesales-. Cuando las medidas de prevención, cesación o prohibición son de carácter cautelar o provisional, el Derecho del foro puede tener una importante incidencia, ya sea como consecuencia de su consideración como cuestión procesal por el foro –*lex fori regit procesum*- o por su urgencia, lo que aconsejaría que fueran adoptadas sin tener que indagar profundamente sobre el Derecho extranjero aplicable al fondo¹³⁸⁹. No obstante, dejando al margen las cuestiones estrictamente procesales, este tipo de medidas están reglamentadas por la ley rectora de la responsabilidad.

Dentro del contexto comunitario, en el ámbito unificado por el RBI, esta es la postura que resulta propia, en atención a la previsión del artículo 31. Este precepto otorga competencia judicial cautelar a los tribunales de los Estados parte donde deba adoptarse tales medidas con urgencia, aplicando su propio Derecho -esto es, sólo se

¹³⁸⁸ Cf. M. Amores Conradi y E. Torralba Mendiola, *ibidem*.

¹³⁸⁹ Vid. K. Siehr, “Violation of privacy...”, *loc. cit.*, pp. 169-170.

podrán pedir y adoptar las medidas cautelares previstas en su ordenamiento jurídico en esos casos-. Si bien, no se adoptarán estas medidas si el solicitante no tiene derecho a reclamar, es decir, si no existe ilícito o, en sentido contrario, un interés, un bien jurídico o una situación merecedora de tutela, y esto dependerá de la ley aplicable al fondo -la ley rectora de la responsabilidad-, no de la *lex fori*. Y esto es así, aunque el tribunal con competencia cautelar deba hacer una valoración provisional del asunto antes de adoptar la medida. También es posible la adopción de medidas cautelares fuera de la jurisdicción, por ejemplo cuando se solicita una medida de prevención, para evitar la producción de un daño inminente, conjuntamente con la acción indemnizatoria ante el mismo tribunal -a la luz del art. 5.3 RBI-. En estos casos, los efectos tendrían que hacerse valer fuera de la jurisdicción del foro, pero el sistema de reconocimiento unificado del RBI garantizaría esa eficacia salvo que la medida fuera contraria al orden público del tribunal requerido. Este supuesto puede ocurrir cuando por ejemplo no se tutela el derecho de la personalidad que se reclama en el litigio principal en el Estado requerido o no procediera esa tutela en ese el supuesto en particular -porque en el Estado requerido el comportamiento que se pretende sancionar no es ilícito porque está protegido por su ordenamiento nacional, por ejemplo cuando se trata de supuestos encajables dentro del ejercicio de la libertad de expresión o información-. En definitiva, dado que no está armonizada desde el punto de vista sustantiva la materia, podría darse estas incompatibilidades si el comportamiento que se pretende prohibir o cesar es lícito en el Estado requerido, con lo que no procedería la adopción de tal medida en su territorio y, en consecuencia, tampoco el reconocimiento de la resolución.

64. También en el sector del Derecho aplicable, la unificación en el contexto comunitario de las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales (RRII), permite apoyar esta afirmación. Aunque el RRII no resulte de aplicación en estos casos -por la exclusión material-, sí puede tomarse como referencia en cuanto al ámbito de aplicación señalado en ella para la ley rectora de la responsabilidad -entre la que se encuentran las medidas de protección (art. 15 d) RRII)¹³⁹⁰-. Si bien siempre dejando a salvo las cuestiones puramente procesales para el foro; lo que no siempre es una tarea fácil, pues delimitar aquello que esté dentro de los límites conferidos al

¹³⁹⁰ “dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, las medidas que puede adoptar un tribunal para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño ;”

tribunal del foro por su Derecho procesal es una cuestión interpretativa muy relevante y no siempre sencilla. Es por ello por lo que desde ciertos sectores se ha reclamado una norma de conflicto separada en este instrumento para las medidas de protección¹³⁹¹. En cualquier caso, si finalmente se incluye dentro del ámbito de aplicación del RRII esta materia, salvo que la previsión normativa al respecto establezca lo contrario¹³⁹², las medidas de tutela de los derechos de la personalidad seguirían rigiéndose por la ley rectora de la obligación extracontractual¹³⁹³. Aunque esta afirmación presentaría dos importantes salvedades. La primera – que se deriva de la precisión del art. 15.d RRI “dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal”-, está relacionada con la “incompatibilidad” de la medida con el sistema procesal del foro. Esto es, cuando la aplicación de la medida de protección extranjera –prevista en el Derecho extranjero aplicable al fondo- no está prevista en el foro desde el punto de vista procesal. En ese caso, la aplicación de esa medida de protección podría ser rehusada por

¹³⁹¹ En particular en lo que respecta a los litigios sobre accidentes de tráfico y las normas actuales de compensación por los daños personales, plantea más de un problema práctico. Precisamente la reglamentación de una norma de conflicto separada era la propuesta del Parlamento Europeo (EP A6-0211/2005, Proyecto de resolución legislativa de 27 de junio de 2007 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II"), aprobando la Propuesta de la Comisión en su versión modificada). Aunque finalmente, en el texto definitivo del RRII se estableció la misma solución de ley aplicable para los “*remedies*”. Si bien, para equilibrar los posibles problemas de desequilibrio que la aplicación de un Derecho distinto al de la residencia habitual de la víctima pudieran generar en los accidentes de tráfico, se recoge el Considerando 33. Lo que no convenció a todos, *vid.* entre otros, S. C. Symeonides, “Rome II and Torts Conflicts: A missed opportunity”, *AJCL*, Vol. 56, Núm. 1 (Winter 2008), pp. 173-222, en los mismo términos, P. J. Kozyris, “Rome II: Torts Conflicts on the right Track! A Postscript to Symeonides’ “Missed Opportunity”, *AJCL*, Vol. 56, Núm. 2 (Spring 2008), pp. 471-497. Aunque también hay autores que consideran adecuada la solución final del RRII, en este sentido, *vid.*, A. Rushworth, “Remedies and the Rome II Regulation”, en J. Ahern, W. Binchy (eds.), *The Rome II regulation, ob. cit.*, pp. 199-218.

¹³⁹² Lo que no sucede al menos en la iniciativa presentada por el Parlamento Europeo a estos efectos (art. 5 de la Propuesta- con la salvedad ya mencionada en relación con el derecho de respuesta).

¹³⁹³ Puesto que las medidas de protección que están reglamentadas por la ley que resulte aplicable a la obligación no contractual –*lex delicti*- incluyen tanto las denominadas *non-compensatory awards* (tal y como viene implícitamente recogido en el considerando 32 del RRII –en relación con los *non-compensatory awards*, en particular, con los *punitive damages*-, donde estarían las medidas de tutela de los derechos de la personalidad, los *interim remedies* –para asegurar la compensación-, como los *proprietary remedies arising from non-contractual obligations* –para proteger la integridad de los bienes-. *Vid.*, A. Rushworth, “Remedies and the Rome II Regulation”, *loc. cit.*, pp. 201-203

el foro¹³⁹⁴. La segunda salvedad es la relativa a control que mantiene el foro sobre las cuestiones de facto¹³⁹⁵. En este sentido, es el foro el que controla los medios admisibles de prueba de los hechos y la condición de hechos, además, la declaración de los hechos como probados por el foro no son rebatibles por terceros tribunales¹³⁹⁶.

65. Resulta relevante el análisis de los mecanismos de protección –prevención y cese- que el perjudicado tiene frente a los prestadores de servicios *online* ante posibles intromisiones de sus derechos de la personalidad en la red, lo que en el contexto comunitario viene delimitado por la *DCE*. Esto incide particularmente en la responsabilidad en la que pueden incurrir los prestadores de servicio de la sociedad de la información, en tanto que son sus servicios los utilizados para la comisión del ilícito y, en consecuencia, en su potencial legitimación pasiva frente a todas las posibles acciones que el perjudicado puede ejercitar. Tal y como está diseñado el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios *online* en la *DCE* su carácter de meros intermediarios les otorga un amplio margen de inmunidad frente a posibles responsabilidades por daños cometidos a los derechos de la personalidad a través de sus servicios. La cuestión es si es o no posible ejercitar otras acciones frente a los prestadores de servicios en estos casos, aun cuando están exentos de toda responsabilidad. Como ya se ha visto, la respuesta esta cuestión es afirmativa, y la jurisprudencia nacional española admite sin problemas la solicitud de acciones de cesación de actividades lesivas de los derechos de la personalidad dirigidas frente a los prestadores de servicios intermediarios con independencia de que estos no incurran en responsabilidad¹³⁹⁷.

¹³⁹⁴ *Ibid* . pp. 204-205.

¹³⁹⁵ *Ibid*. pp. 205-207. Esta postura del RRII sigue la tendencia de otros instrumentos internacionales y comunitarios tales como el CR 80 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Y en este sentido se interpretó este texto por Guiliano y Lagarde (*Vid. Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, 1980 OJ C282, 1, 33).

¹³⁹⁶ Lo que afecta en particular al sector de reconocimiento de la futura resolución. De tal manera que dentro del sistema RBI el tribunal requerido queda vinculado por las apreciaciones de hecho sobre las cuales el tribunal miembro de origen hubiere fundamentado su competencia (art. 35.2 RBI).

¹³⁹⁷ *Vid*, apartados 15 y 16 del Capítulo IV.

3.-) Sujetos responsables

66. La ley aplicable a la responsabilidad también va a incidir en la concreción de los sujetos presuntamente responsables -esto es, en la legitimación pasiva en este tipo de litigios-. Este ordenamiento será el que determine quién, cómo y cuándo va a responder ante el perjudicado por los daños causados en sus derechos de la personalidad. En definitiva, la persona -en sentido amplio- a la que el demandante impute la comisión, la responsabilidad o la autoría de la intromisión podrá ostentar la posición de demandado en el proceso; y si efectivamente durante el juicio se demuestra que efectivamente es el responsable de tal intromisión, entonces podrá decirse que la misma es la pasivamente legitimada¹³⁹⁸. Los sujetos frente los cuales el perjudicado va a poder ejercitar las posibles acciones judiciales para conseguir la tutela de sus derechos varía en función de los sujetos que hayan participado en la comisión del ilícito -directa o indirectamente¹³⁹⁹-, lo que puede variar en atención al medio utilizado para ello. En este sentido, la responsabilidad puede venir establecida por los actos propios o por actos de terceros. En los siguientes párrafos se desglosarán las posibles responsabilidades en las que pueden incurrir los sujetos en los supuestos más habituales de daños a los derechos de la personalidad en atención a su conexión con los hechos. Comenzando por las responsabilidades exigibles por actos propios -generalmente entre particulares-, para terminar con la posible responsabilidad por actos ajenos o de terceros -generalmente cuando se utilizó un medio de comunicación para cometer la lesión, en relación con la responsabilidad de ese medio, u otro soporte con el que el autor material contó para materializar el daño-. En este último caso la concreción de posibles responsabilidades exigibles resulta más compleja, ya que no todos los sujetos intervinientes en el supuesto podrán ser finalmente responsables -o en la misma medida- y, en consecuencia, las condiciones necesarias para que devengue esa responsabilidad son distintas según las funciones que esos sujetos desempeñaron en el ilícito -distinguiéndose entre intermediarios y editores, básicamente-. En cualquier caso, los estándares exigibles -que en caso de incumplimiento puedan generar la responsabilidad- y a quiénes pueden exigírseles dependerán de la ley aplicable al fondo. Esto determina que la elección del tribunal del foro sea esencial.

¹³⁹⁸ Cf. J. Garberí Llobregat, *Los procesos civiles...*, ob. cit., p. 379.

¹³⁹⁹ Lo que se corresponde en los sistemas anglosajones con la *secondary liability*, en términos generales.

A) Actos propios

67. La responsabilidad por actos propios se refiere a la responsabilidad en la que pueden incurrir aquellos que pudieran considerarse como autores materiales del daño, por existir relación directa de causalidad entre su comportamiento y la lesión del derecho de la personalidad en cuestión. Ya que el objeto del litigio es el enjuiciamiento de una intromisión ilegítima en alguno de los derechos de la personalidad del actor, los legitimados pasivamente en el proceso serán todos aquellos sujetos que puedan resultar responsables de dicha intromisión, en particular los autores de la misma, con independencia de si son personas físicas, jurídicas, privadas o públicas, entes carentes de personalidad, menores, incapaces, etc. En definitiva, la persona -en sentido amplio- a la que el demandante impute la comisión. Por ejemplo, en el caso de infracciones por publicación de contenidos o informaciones lesivas serán los autores de los contenidos difamantes, los que lo distribuyen o dan difusión aun no siendo suyos, o los que hacen un uso indebido de informaciones personales de terceros -la publican o distribuyen, etc. sin consentimiento del titular-. Esta responsabilidad podrá derivarse con independencia del medio utilizado para cometer la lesión en el derecho en particular (ya sea la publicación de una carta difamante en un periódico de tirada internacional, el envío de un *email* con informaciones lesivas a una pluralidad de sujetos -entre los que se encuentra la víctima-, la publicación de afirmaciones difamatorias en un *blog* o foro *online*, etc.). En cualquier caso, la ley aplicable al fondo del asunto será la que determine si existió o no la supuesta intromisión ilegítima y si el demandado finalmente es el responsable de la misma y, en consecuencia, en qué términos debe responder frente al perjudicado.

68. En este contexto, resultan particularmente interesantes los casos en los que el daño a los derechos de la personalidad se realizan en el medio virtual por la actuación de otros usuarios, utilizando la información que previamente el propio titular del derecho ha volcado en la red (generalmente en su perfil de una red social, en un *blog*, etc.)¹⁴⁰⁰. En concreto aquellos supuestos en los que el volcado de la información por el

¹⁴⁰⁰ Este supuesto resulta novedoso y, en consecuencia, en él se centrará este análisis ya que son numerosos los estudios que existen en esta materia -lesión de los derechos de la personalidad en general- a los que puede acudir el lector, no así en cuanto a las lesiones de estos derechos en el contexto *online* por

propio interesado se hace de manera limitada, con restricciones, dejando al margen aquellos contenidos íntimos que libremente hayan diseminado en la red de manera voluntaria -sin condiciones ni límites-¹⁴⁰¹. Pues en este último supuesto podría entenderse que esa información deja de ser íntima/personal y pasa a ser de conocimiento público y, por lo tanto, su uso/publicación/difeminación por terceros difícilmente podría ser calificada de atentado contra la intimidad (no así difamante¹⁴⁰²). En la generalidad de ordenamientos nacionales el contenido de la esfera íntima indisponible se determina por el propio comportamiento del titular¹⁴⁰³, por lo que del hecho de volcar voluntariamente información personal en la red cabría inferir la existencia de un consentimiento, lo que exoneraría de responsabilidad a cualquier sujeto por el uso de esa información dada la ausencia de ilicitud. En cualquier caso, será la ley aplicable a la responsabilidad la que determine si esa información es o no íntima, si existió o no consentimiento, las consecuencias de ese consentimiento y, en definitiva, si es merecedora de tutela y el alcance de ésta. De tal manera que la imputación de la responsabilidad de los usuarios está condicionada por la ley aplicable, ya que de ello depende la existencia del propio daño/ilícito del que derivaría dicha responsabilidad (lo que, como ya se anticipó varía significativamente de un ordenamiento jurídico a otro).

Ante esta situación de inseguridad para los usuarios en caso de atentados contra su privacidad en la red –en particular, si resulta de aplicación un sistema jurídico como el Derecho norteamericano donde se le da preeminencia a la libertad de expresión e información sobre los derechos de la personalidad en todo caso-, se han buscado nuevas soluciones más eficaces, entre las que se encuentra la posible la promoción de un código de buenas prácticas entre los usuarios. En este sentido, entre otras, se encontrarían la de no acceder a la información no dirigida a ellos o no difundir aquella información

particulares usuarios de prestador de servicios de la sociedad de la información.

¹⁴⁰¹ En tanto que podría ser lícita la utilización de esa información -desde el punto de vista de la intimidad, por ese consentimiento del titular-, pero en función del tratamiento que se dé a esa información personal podría calificarse como difamatoria.

¹⁴⁰² El hecho de que el haya facilitado información en principio privada no autoriza para que se utilice ésta de forma vejatoria, atentativa de la reputación del sujeto. Esto es, no se legitima la manipulación mal intencionada de esa información, porque si bien podría no ser calificada de intromisión a la intimidad sí pudiera ser entendida como difamante.

¹⁴⁰³ Art. 2 LO 1/82.

accedidas más allá de lo permitido por el titular¹⁴⁰⁴. Pero para que un código de conducta o buenas prácticas entre los usuarios pueda ser una solución efectiva requiere, paralelamente, que los prestadores de servicios asuman ciertas obligaciones, como es la adopción de sistemas efectivos de notificación que garanticen la comunicación rápida ante la existencia de una infracción por parte del perjudicado al servidor, el bloqueo de contenidos –al menos temporal hasta que se compruebe la veracidad de la denuncia y/o se ejerciten las acciones judiciales oportunas-, y la posibilidad de formular alegaciones por el presunto infractor en esta fase prejudicial¹⁴⁰⁵.

B) Actos de terceros: medios de comunicación tradicionales

69. El presunto perjudicado en sus derechos de la personalidad por intromisiones ilegítimas puede dirigir sus acciones no sólo frente al que resulte el autor material de la intromisión -relación de causalidad- sino también frente a terceros que presenten conexión con los hechos. En este sentido, cabe hablar de la eventual responsabilidad civil por actos de terceros que legalmente se prevé en la generalidad de ordenamientos jurídicos. Se trata de responsabilidades indirectas o secundarias (la denominada *secondary liability* en los sistemas anglosajones¹⁴⁰⁶), en las que pueden incurrir los terceros y que potencialmente son exigibles por el perjudicado –lo que resulta justificado por la participación del sujeto en la comisión del ilícito o su relación con los hechos, aunque sea de manera indirecta-. En este tipo de litigios, se trata en particular de la eventual responsabilidad en la que pueden incurrir los medios de comunicación por los daños a los derechos de la personalidad que pudieran derivarse de los contenidos

¹⁴⁰⁴ Incluso se ha llegado a sostener por ciertos autores que entre los usuarios existe un deber de confidencialidad (cf. Gelman, 2009, pp. 1139-1340), que en caso de ser conculcado serviría de base para demandar al usuario que lo infringió de una manera más eficaz que la va tradicional a través de la *torts against privacy* (vid. A. J. McClurg, “Kiss and Tell: Protecting Intimate Relationship Privacy Through Implied Contracts of Confidentiality”, *U. Cin. L. Rev.*, nm. 74, issue 3, 2005- 2006, pp. 887-940 y D. J. Solove, *The Future of Reputation...*, ob cit., pp. 176 y 192).

¹⁴⁰⁵ En este sentido, podría remitirse al sistema *notice-take down* previsto en la *Digital Millennium Copyright Act* de 1998, (en adelante *DMCA*), para el caso de contenidos publicados protegidos por *copyright*.

¹⁴⁰⁶ Sobre esta cuestión en particular en cuanto a responsabilidad extracontractual derivada de lesiones los DPI, véase, G. B. Dinwoodie, R. C. Dreyfuss y A. Kur: “The Law Applicable to Secondary Liability in Intellectual Property cases”, 42 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, 2009-2010, pp. 201-235.

publicados o difundidos a través de ellos. El alcance de esa responsabilidad, su naturaleza –solidaria o mancomunada–, las condiciones de exigencia –o existencia–, las exenciones y los sujetos frente a los que puede exigirse (y la relación entre ellos) vendrán determinadas por la ley aplicable a la obligación extracontractual.

70. La responsabilidad civil derivada de la realización de conductas que supongan intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad es de índole personal (si bien, podría ser transmisible en ciertos casos la obligación de indemnizar, por ejemplo en caso de fallecimiento del obligado). Ahora bien, aun en los supuestos en los que pueda existir una eventual pluralidad de sujetos responsables de tal conducta, no puede establecerse entre ellos ningún vínculo de solidaridad, salvo en aquellos casos en los que expresamente dicha solidaridad sea establecida: bien por imperativo legal, bien cuando la relación jurídica de la que nazca la obligación civil en particular así lo determine. En este sentido, cuando en la comisión de la intromisión participa un medio de comunicación no es raro (más bien, es lo normal) que el actor demande al medio (persona jurídica), y dentro de éste pueden resultar potencialmente responsables distintos sujetos (el autor del reportaje o información lesiva, el redactor jefe del medio, el Director del medio, la empresa editora, etc.). Consecuentemente, ante esta pluralidad de hipotéticos responsables es necesario determinar quiénes de todos ellos lo son efectivamente, y si son varios, si existe o no solidaridad entre ellos. Estas cuestiones serán las que deba despejar el ordenamiento jurídico aplicable a la responsabilidad. En la mayoría de los sistemas nacionales, se establece un régimen de solidaridad –junto con el autor material– para ciertos sujetos participantes en los medios de comunicación social respecto de los daños que se deriven de la publicación. Este es el caso del editor de un libro o de un periódico, de la cadena de televisión o de radio (*broadcaster*) que emite la información, que serán responsables de los contenidos publicados o emitidos por el medio en cuestión, de tal forma que si éstos resultan ilícitos por atentar contra cualquier otro bien jurídico protegido por el ordenamiento (como por ejemplo, los derechos de la personalidad), estará obligado y responderá al mismo nivel como si fuera el mismo autor. La teoría que rige en el régimen de responsabilidad del editor/emisor es que éste tiene el conocimiento, la oportunidad y la capacidad de ejercer la responsabilidad editorial sobre el contenido de sus publicaciones¹⁴⁰⁷. Para poder

¹⁴⁰⁷ Respecto de la evolución de la responsabilidad de los medios de comunicación, véase M.

acogerse a la inmunidad o exención de responsabilidad por las informaciones contenidas en los medios de comunicación tradicionales, se parte la distinción arraigada en todos los sistemas jurídicos entre "editores" "y distribuidores". Según el *common law*, "los distribuidores" (como son por ejemplo, los vendedores de periódico y vendedores de libros) únicamente incurren en responsabilidad si ellos tuvieran noticia, aviso o conocimiento de que en su mercancía se contiene una declaración difamatoria -o lesiva de otro derecho de la personalidad-; sin embargo, el editor del periódico o el libro donde la declaración originariamente apareció podría incurrir en responsabilidad incluso sin que medie el aviso.

En definitiva, en términos generales, la generalidad de ordenamientos jurídicos nacionales¹⁴⁰⁸ ante una pluralidad de hipotéticos responsables -para determinar quiénes lo son efectivamente y, si son varios, si existe o no solidaridad entre ellos-, utilizan el criterio del control efectivo del contenido publicado (si el sujeto presuntamente responsable tiene o no poder de decisión sobre la información que se publica y distribuye). Para la aplicación de la inmunidad de responsabilidad por las informaciones contenidas en los medios de comunicación tradicionales se parte la distinción entre "editores" y "distribuidores"¹⁴⁰⁹. En este sentido, la responsabilidad del editor/emisor se fundamenta en que tiene el conocimiento, la oportunidad y la capacidad de ejercer la responsabilidad editorial sobre el contenido de sus publicaciones¹⁴¹⁰.

Yzquierdo Tolsada, "Responsabilidad civil de los periodistas y de los medios de comunicación", en M. Bursat Touron, *Deontología, función social y responsabilidad de los profesionales de la comunicación*, Ciclos de conferencias 27 febrero- 21 mayo, 2002, Madrid, pp. 45-94.

¹⁴⁰⁸ Vid. G. J. H. Smith, *Internet Law...*, *ob. cit.*, pp. 178-184, donde se analiza el régimen de responsabilidad de los medios de comunicación por publicación de materiales difamatorios en los países del *common law*, en particular, a la luz de la *Defamation Act* inglesa de 1996, que establece y se exige -al igual en que el resto de ordenamientos del sistema *common law*- la misma responsabilidad al autor, editor y director del medio (*Authors, editors and publishers*). El problema entonces sería determinar, en el contexto *online*, cuándo el prestador de servicios ha actuado como un posible editor y cuando como un mero distribuidor de la información (pp. 180-184).

¹⁴⁰⁹ Por ejemplo, en la *Defamation Act* inglesa de 1996, en su Secc. 1 se establece la inmunidad para los "secondary disseminators".

¹⁴¹⁰ Véase M. Yzquierdo Tolsada, "Responsabilidad civil...", *loc. cit.*, pp. 45-94.

71. En el Derecho español, la regla general que opera es la responsabilidad solidaria de los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, para el supuesto de responsabilidad extracontractual por daños cometidos por acciones u omisiones en el ámbito de la actividad del medio –ya sea en su versión tradicional o digital-. La respuesta a la cuestión de la solidaridad en la responsabilidad la da la Ley 14/1996, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, en particular en su art. 65 apartado 2, que ha sido declarado vigente por la jurisprudencia¹⁴¹¹ y cuyo tenor es claro: “La responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario”. Consecuentemente, cuando el demandado sea un medio de comunicación y el Derecho en el que funde sus pretensiones el perjudicado sea el español, la demanda podrá dirigirse contra cualquiera de las personas anteriormente reseñadas, que serán solidariamente responsables de la intromisión ilegítima -objeto de la demanda-¹⁴¹².

Respecto del ámbito de aplicación de esta responsabilidad solidaria o solidaridad pasiva son varias las reglas que se han señalada por la jurisprudencia nacional. 1º) Esta solidaridad es aplicable a cualquier medio de comunicación, pues la interpretación de la expresión “prensa e imprenta” no puede interpretarse de manera literal¹⁴¹³. 2º) Este vínculo de solidaridad se extiende a la figura del “redactor-jefe” del medio de comunicación aunque el tenor literal de la Ley de Prensa no lo recoja¹⁴¹⁴. 3º) Es aplicable la solidaridad pasiva al Director del medio de comunicación en los supuestos

¹⁴¹¹ Fundamentalmente jurisprudencia del TS. Véase, entre otras, STS de 30 de abril de 1990; STS de 4 de junio de 1990; y más recientemente STS de 9 de marzo de 2006. Aunque existe otra tendencia jurisprudencial que si bien llega a la misma conclusión -la responsabilidad solidaria o solidaridad pasiva-, no recurre a la Ley de Prensa e Imprenta, sino al art. 1903 C.c. En aplicación de este precepto la solidaridad queda justificada en la *culpa in vigilando* o en *eligendo* del editor o del director del medio de comunicación, ya que ellos conocen o debieran conocer el contenido de la información y opinión que el medio publica o difunde. Vgr. SAP de Madrid de 23 de enero de 1996, SAP Cantabria de 26 de septiembre de 1995; SAP de Barcelona de 15 de enero de 1999; SAP de Barcelona de 5 de diciembre de 2001; SAP de Madrid de 24 de marzo de 2004, entre otras muchas.

¹⁴¹² Vid., P. Grimalt Servera, “La responsabilidad de los proveedores...”, *loc. cit.*, pp. 68-81.

¹⁴¹³ Por ejemplo la STS de 23 de julio de 1990, aplica esta solidaridad pasiva del art. 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta a los medios de radiodifusión.

¹⁴¹⁴ Por ejemplo, SAP de Granada de 2 de marzo de 1993.

específicos donde la intromisión ilegítima se lleva a cabo a través de la sección denominada “Cartas al Director”, dado que la diligencia de éste recae igualmente en esta sección, si bien en lo referente a la veracidad de la información¹⁴¹⁵, sin que pueda considerarse que se trata de un supuesto de reportaje neutral o información neutral¹⁴¹⁶. 4º) No es responsable solidario -ni responsable siquiera-, el mero impresor de los ejemplares de la revista, periódico o publicación en la que se realiza la intromisión -lo que se justifica en la total falta de control y decisión de éste sobre la información que se publica-¹⁴¹⁷. 5º) Tampoco incurre en la responsabilidad solidaria el fotógrafo que realiza la fotografía que acompaña a la información -noticia, artículo, etc.- lesiva de alguno de los derechos del art. 18.1 CE, siempre que se pruebe que no participó de ninguna forma en la elaboración del texto -ni si quiera el denominado pie de foto¹⁴¹⁸-. 6º) Por último, aunque haya sido demandado, la responsabilidad solidaria no alcanza a aquel sujeto que no es ninguno de los posibles responsables a los que se refiere la Ley de Prensa e Imprenta -y la jurisprudencia en interpretación de ésta-¹⁴¹⁹.

Y esta regla de la solidaridad opera incluso cuando existen varias sociedades implicadas en la actividad. Resulta particularmente interesante en este sentido el reconocimiento de la responsabilidad del editor en grupos de sociedades en asuntos sobre difamación por publicación, como así se ha establecido por los tribunales españoles¹⁴²⁰.

¹⁴¹⁵ Vide, SAP de Las Palmas de 28 de enero de 1999; SSTC 3/1997, de 13 de enero de 1997, 15/1993 y 336/1993, de 18 de enero y de 15 de noviembre de 1993.

¹⁴¹⁶ Entre otras, las SSTC 41/1994, de 15 de febrero y 144/1998, de 30 de junio de 1998, y STS de 24 de enero de 1997.

¹⁴¹⁷ SSTS de 17 de marzo de 2004 y 7 de junio de 2004.

¹⁴¹⁸ SAP de Barcelona de 15 de enero de 1999.

¹⁴¹⁹ *Ididem*. Donde entre los demandados se encontraba una entidad a la que se le atribuía el carácter de editora del periódico, pero que tras la práctica probatoria se acreditó que no era la editora del periódico de referencia, por lo que finalmente se apreció la excepción de falta de legitimación pasiva.

¹⁴²⁰ Al respecto puede referirse la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2002 (RJ 2002\6754), que confirmó la condena, en un caso de lesión del honor mediante una publicación periódica, de la empresa o entidad matriz o dominante del grupo en que se integraba la editora de la publicación, por entender que en ese caso era la propia empresa matriz o dominante la que había hecho ostensible su condición mediante la impresión en la portada de la revista -editada por una mercantil diferente- de la mención (“mancheta”) de que se trataba de una publicación del grupo, precisando la denominación de éste, coincidente con el de la empresa dominante que fue condenada.

72. Así mismo, cuando el Derecho que resulte de aplicación sea el español, a la hora de depurar responsabilidades en el ámbito de las comunicaciones ha de tenerse en consideración la nueva Ley de comunicación audiovisual (en adelante LGCA)¹⁴²¹. En esta norma se regula esta actividad de ámbito estatal, estableciéndose las reglas rectoras de la misma y las responsabilidades que corresponden a los prestadores de servicios¹⁴²² de comunicación audiovisual sobre los contenidos e informaciones difundidas por estos medios sobre los que tienen control efectivo (y como tal responderán); definiendo de forma expresa tanto lo que se entiende por prestadores de servicios, como los servicios de comunicación audiovisual -con una enumeración *numerus clausus* (art. 2.2º)-. En particular, con el objeto de depurar responsabilidades entre los sujetos intervinientes en la actividad de la comunicación audiovisual, en esta norma se diferencia claramente la responsabilidad editorial de la responsabilidad que legalmente pudiera derivarse de la información o contenido difundido, puesto que no tienen porqué coincidir¹⁴²³. Por todo lo demás, esta ley se limita a regular exclusivamente la responsabilidad administrativa en la que pueda incurrir el medio por la comisión de infracciones -administrativas- (art. 61 LGCA), no así de otra índole que deberán ser depuradas en atención a la norma legal aplicable (en lo que se refiere a las intromisiones ilegítimas de los derechos consagrados en el 18.2 CE en la LO1/82).

C) Servicios de la sociedad de la información: prestadores intermediarios

73. Cuando la intromisión ilegítima a los derechos de la personalidad se deriva de la publicación y difusión de contenidos controvertidos en Internet, el medio utilizado

¹⁴²¹ Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (BOE Núm. 79, 1.04.2010).

¹⁴²² Que se definen en el art. 2.1º: “La persona física o jurídica que tiene el control efectivo, esto es, la dirección editorial, sobre la selección de los programas y contenidos y su organización en un canal o en un catálogo de programas. El arrendatario de una licencia de comunicación audiovisual tendrá la consideración de prestador de servicio”.

¹⁴²³ En este sentido el art. 2 número 13º define la responsabilidad editorial: “Se entiende por responsabilidad editorial el ejercicio de control efectivo tanto sobre la selección de los programas como sobre su organización, ya sea en un horario de programación cronológico o en un catálogo de los servicios de comunicación audiovisual. La responsabilidad editorial no implica necesariamente una responsabilidad legal de acuerdo con la legislación nacional por los contenidos o los servicios prestados.”

incide de manera particular en la cuestión de la legitimación pasiva, por lo que se justifica un análisis particular de la cuestión. La eventual intervención de diversos sujetos en el desarrollo de la actividad en el medio virtual -de la que deriva la lesión del derecho de la personalidad en cuestión- permitiría a la víctima plantearse la posibilidad de demandar a aquellos por la posible responsabilidad en la que pudieran haber incurrido en la comisión del daño. En este sentido, el perjudicado podría plantearse ejercitar una acción resarcitoria contra el prestador de servicios de la sociedad de la información a través del cuál se realizó la publicación o difusión la información lesiva. Desde esta perspectiva se va a analizar la eventual responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información cuando los daños a los derechos de la personalidad son consecuencia directa del desarrollo de sus actividades en Internet¹⁴²⁴. Ahora bien, dejando al margen la posibilidad con la que cuenta el perjudicado de ejercitar la acción cesatoria de la actividad lesiva en Internet frente al prestador de servicios correspondiente -sin que para ello deba concurrir responsabilidad alguna para el prestador-.

74. La concreción del particular sistema de responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información va a venir condicionado por el tribunal que conoce del litigio -en función de su sistema de DIPr-. Una vez localizado el ordenamiento jurídico aplicable habría que determinar -dentro de éste- qué normas son las que configuran el régimen concreto de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, lo que puede no ser una tarea fácil. En la generalidad de sistemas nacionales no se admite la aplicación por analogía del régimen de responsabilidad previsto para los medios tradicionales de difusión¹⁴²⁵ por las especialidades del medio. Esta postura justifica la adopción de un régimen de responsabilidad apropiado adaptado a las particularidades del medio (si bien, no todos

¹⁴²⁴ Sobre esta cuestión, en particular en relación con la difamación en el sistema inglés, *vid.* M. Collins, “Defamation Law and the Liability of Internet Intermediaries: Recent Developments in the United Kingdom, the USA and Australia”, *The Yearbook of Copyright & Media Law*, Volume VI 2001/2, Oxford, 2002, pp. 159-183.

¹⁴²⁵ Véase en este sentido, Sentencia de la Audiencia provincial de Lugo, de 9 de julio de 2009, rec. 40/2009, FJ 1º. En este asunto se dirimió la responsabilidad de los administradores de las páginas *web*, en particular, respecto de los comentarios vertidos por los usuarios en un foro alojado en su página; eliminando el tribunal cualquier remisión a la aplicación analógica del régimen jurídico de otro medio de comunicación de masas para su resolución.

los sistemas jurídicos lo prevén). La reglamentación de la responsabilidad extracontractual de los prestadores de servicios de la sociedad de la información en el desarrollo de sus actividades se encuentra en todo el territorio comunitario armonizada por la *DCE* (arts. 12 a 15), lo que asegura, en caso de que resulte de aplicación cualquier ordenamiento jurídico de un Estado miembro, que la solución va a ser prácticamente la misma: un sistema de responsabilidad subjetivo (en España implementada por la *LSSI*)¹⁴²⁶. La reglamentación queda el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información el Derecho comunitario realiza, parte de las distintas funciones que estos prestadores cumplen, pues dependiendo de cada caso las parcelas de impunidad establecidas por la legislación para los prestadores de servicios obedecen a distintas condiciones y presunciones –principalmente en función del “conocimiento efectivo” de la ilicitud de la actividad o información almacenada¹⁴²⁷, o en su caso, de la diligencia para retirar los datos o impedir su acceso-. En este sentido, cabe diferenciar hasta cinco sujetos distintos en la sociedad de la información¹⁴²⁸: proveedor de información, proveedor de las herramientas de información, receptor de la información, proveedor de acceso y proveedor de Red, que de forma general, se les suele englobar dentro del término “prestador de servicios de la sociedad de la información”.

75. La reglamentación específica del régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecido en el sistema comunitario difiere con mucho del panorama normativo existente fuera de Europa. En este sentido, en muchos países no se prevé ningún tipo de normativa específica en el campo de la responsabilidad de los intermediarios, pero también incluso entre jurisdicciones que tienen reglas específicas basadas -en parte- en fundamentos similares a los europeos cuentan con significantes diferencias, como es el caso del sistema americano (que en la práctica conduce a la casi absoluta inmunidad de los operadores de

¹⁴²⁶ *Vid.*, J. I. Carnero Sobrado, “Consideraciones en torno a la responsabilidad civil de los prestadores de servicios por comentarios alojados en sus páginas web”, *La Ley*, Nº 7782, 24 Enero 2012.

¹⁴²⁷ *Vid.* R. Bercovitz Rodríguez Cano, “Nota a la Sentencia de 9 de diciembre de 2009: Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información: servicios de alojamiento o de almacenamiento de datos”, *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 603-1615.

¹⁴²⁸ Para mayor abundamiento *Vid.* J. B. Fuentes Mañas, “Determinación de la competencia...”, *loc. cit.*, pp. 131 y ss.

la red). Ahora bien, en las dos áreas de intereses que pueden afectarse en este ámbito extracontractual con el desarrollo de las actividades en Internet (los DPI y los derechos de la personalidad), pese a las diferencias sustantivas en el tratamiento entre el sistema comunitario y el norteamericano pueden establecerse ciertos paralelismos. En lo que se refiere a la reglamentación de responsabilidad derivada de la lesión a los derechos de la personalidad, el tratamiento de la cuestión resulta claramente distinto entre los sistemas en comparación -la casi absoluta inmunidad derivada de la sección 230 *CDA* (*Communications Decency Act*) frente a las limitaciones a la responsabilidad de la *DCE*-. Cosa distinta es la tutela de los DPI en el ejercicio de sus actividades en la red, pues el sistema de EEUU -con la reglamentación que la materia hace la *DMCA* de 1998-, muestra ciertos paralelismos con el régimen de responsabilidad subjetivo establecido en general por la *DCE* para la UE.

En consecuencia, la determinación del Derecho aplicable resulta en este sentido esencial. Ahora bien, aunque la norma de conflicto del foro localice un sistema nacional extra comunitario, el carácter imperativo de las provisiones comunitarias en este contexto exige que se tenga éstas en consideración siempre que el tribunal sea de un Estado miembro. Esto es así siempre que el supuesto litigioso caiga dentro del ámbito de aplicación de estas provisiones, lo que ocurre cuando las actividades se desarrollan dentro del espacio comunitario (lo que en el contexto virtual -salvo restricciones específicas de acceso- es fácilmente comprobable). La imperatividad de estas provisiones permitirá al tribunal del foro desplazar la aplicación del Derecho de un tercer Estado concretado por la regla conflictual a favor de aquellas a través del recurso al orden público -comunitario-.

76. A continuación, va realizarse el análisis del régimen material de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información desde la perspectiva del Derecho español. Los específicos campos de responsabilidad de estos prestadores de servicios vienen definidos en España por la LSSI (específicamente en los arts. 13¹⁴²⁹ a 17, que conforman la sección 2ª: Régimen de responsabilidad, por la que se

¹⁴²⁹ El art. 13 después de establecer que «... Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico...», nos indica que ello es «... sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley...», y, más explícitamente aún, que «Para determinar la responsabilidad de los prestadores de

implementa el régimen armonizado prescrito en la *DCE* en toda la UE). En líneas generales, la LSSI impone a los prestadores de servicios de intermediación -aunque mediante formulaciones de tipo indirecto- una concreta obligación de cesación (retirada de contenidos) en determinadas circunstancias¹⁴³⁰. En este sentido, los arts. 14 y ss. LSSI no imponen a los prestadores de servicios de intermediación explícitas obligaciones, pero sí se les atribuye responsabilidad civil cuando se abstienen de realizar ciertos comportamientos, como el de retirar los contenidos que albergan en determinados supuestos (por ejemplo, en caso de ser difamatorios). Ello implica, en definitiva, que en el caso de que concurran los supuestos legalmente previstos, la ley impone al prestador una obligación –propia y personal- de proceder a dicha retirada (una obligación de carácter legal¹⁴³¹).

Los artículos del 14 al 17 establecen un catálogo de responsabilidades que van en función de los servicios que prestan los intermediarios. Cuando se trata de servicios ordinarios de provisión de acceso a Internet y de tránsito IP a través de la red¹⁴³², el art. 14 proclama la exención de responsabilidad para estos sujetos. Esto se traduce, de una forma indirecta, en la imposibilidad de atribuir legalmente a quienes prestan esta clase de servicios un deber propio y específico de cesación o de retirada de contenidos aún en el supuesto de que conocieran el carácter ilícito de aquellos (dejando al margen el deber general de colaboración con las autoridades que establece el art. 11). Por su parte, el art. 15 reglamenta la eventual responsabilidad de los denominados proveedores de acceso y servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes...».

¹⁴³⁰ En cuanto a los sujetos pasivos concretos sobre los que recae esta responsabilidad habrá de concretarse en cada caso en función de las actividades de que se trate. En este sentido, puede referirse la concreción que de modo general se hace en la Ley de Propiedad Intelectual y en la Ley de Competencia Desleal cuando los contenidos ilícitos vulneradores de estas Leyes se ejecutan, transmiten y difunden a través de la Red.

¹⁴³¹ Auto de 10 Nov. 2004, número de Recurso: 14/2004, Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, (LA LEY JURIS: 210/2005), FJ 2º, respecto de la naturaleza de estas obligaciones de los considerados prestadores de servicios: “(...) atendiendo a la cuádruple clasificación del art. 1089 del Código Civil, no puede calificarse sino como de origen legal”

¹⁴³² “(...) *Los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones que presten un servicio de intermediación que consista en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a ésta no serán responsables por la información transmitida...*” (Art. 14).

tránsito (aquellos cuya única finalidad es hacer más eficaz la transmisión posterior de los datos a otros destinatarios que los soliciten, almacenándolos en sus sistemas “de forma automática, provisional y temporal”¹⁴³³). Para este tipo de prestadores este artículo impone -de nuevo indirectamente-, la obligación de retirar la información que haya almacenado (o de hacer imposible el acceso a ella) en cuanto tenga conocimiento efectivo de que un Tribunal u órgano administrativo competente así lo ha ordenado. El art. 16, por su parte, asigna idéntica obligación a otro tipo de prestador de servicios de intermediación: aquél que desarrolla la función de alojar o albergar de forma estable datos ajenos (servicio conocido como “*hosting*”). Ahora bien, en este caso se establece una particularidad, pues la obligación de retirar o de imposibilitar el acceso a los contenidos surge para el prestador por el mero hecho de adquirir conocimiento de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización. La cuestión que surge aquí es cuándo se debe presumir que existe ese conocimiento de ilicitud, para facilitar esa presunción el propio artículo facilita una vía -la más habitual- de la se deriva tal conocimiento: la noticia relativa a la existencia de resolución de cesación dictada por órgano competente. No obstante, este precepto establece expresamente que este tipo de prestadores no podrán acogerse a la exención de responsabilidad general -del apartado 1º- cuando tuvo algún poder de decisión sobre el destinatario (dirección, autoridad o control)¹⁴³⁴. La responsabilidad de los prestadores cuya función es la facilitación de enlaces o de servicios de buscador (motor de búsqueda), viene recogida en el art. 17 de la ley. Este precepto establece para este intermediario la exención de cualquier responsabilidad respecto de la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios. Aunque para ello es necesario que concurran las siguientes circunstancias: “a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización¹⁴³⁵, o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el

¹⁴³³ Esta práctica es conocida en el sector informático como “*caching*” o “memoria tampón”, mediante la cual el proveedor, cuando un usuario solicita una determinada página *web* de las que se visitan con mayor frecuencia, procede a realizar copia temporal de la misma con el objeto de facilitar su tránsito a posteriores usuarios de dicha página, evitando así tener que reproducir la búsqueda en su alojamiento original.

¹⁴³⁴ *Vid.* Art. 16. 2 LSSI.

¹⁴³⁵ “Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere

enlace correspondiente“. Para concluir sobre el conocimiento efectivo se remite al mismo criterio que en art. 16.1 (notificación de resolución judicial). Y al igual que ocurría para el supuesto anterior, la exención de responsabilidad establecida no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos (art. 17.2).

77. Ahora bien, todo lo anterior no debe confundirse con la posibilidad de que el régimen de responsabilidad solidario prescrito en el art. 65.2º de la Ley de Prensa se aplique al medio virtual cuando el Derecho aplicable -a la responsabilidad- sea el español. Aunque en una primera aproximación parece que este régimen de solidaridad esté previsto para los medios impresos o medios de comunicación tradicionales, puede plantearse su aplicación a otros medios de difusión que actualmente se encuentran en gran auge como es el caso de Internet –prensa digital y similar-. Esto se ha admitido sin problemas cuando precisamente se trate de dirimir la posible responsabilidad de los proveedores de información en Internet cuando éstos tengan la consideración de medio de comunicación –digital-¹⁴³⁶.

4.-) Causas de exoneración de la responsabilidad: exenciones y libertad de expresión e información

78. Las causas de exoneración de la responsabilidad -o *defences*- que puede alegar en su defensa el demandado en este tipo de litigios, dependerán de la ley que

el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”. Sobre los problemas de aplicación de esta disposición véase M. Peguera Poch, “Sólo sé que no sé nada (efectivamente)”: la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI, dentro del marco del Monográfico «III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas», *IDP.*, Nº 5, Universidad Oberta de Catalunya, septiembre 2007, (<http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/peguera.pdf>); *id.* “La exclusión de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet”, *Contenidos Ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet*, Revista de Derecho y Proceso Penal, monografía núm. 8, 2002, pp. 25-64.

¹⁴³⁶ Vid. P. Grimalt Servera, “La responsabilidad de los proveedores...”, *loc. cit.*, pp. 41-81, en esp. pp. 68-81.

reglamente su responsabilidad, esto es, la ley aplicable al fondo del asunto. Igualmente será esta ley la que determine cómo puede el demandante eliminar la posible aplicación de estas exenciones.

Por ejemplo, en caso de una demanda por difamación transfronteriza a la que resultara de aplicación el sistema inglés, será la *Defamation Act* la que reglamente por un lado las exenciones del presunto demandado y, por otro, las posibles alegaciones del demandante frente a esas exenciones que el demandado argumente¹⁴³⁷. Entre los posibles argumentos con los que cuenta el demandante para evitar que el demandado se exima de su responsabilidad se encuentra el dolo -*common law malice*¹⁴³⁸- y beneficios o ventajas inapropiadas -*improper advantage*-. El perdón no constituye una defensa en el *common law*, aunque sí puede reducir los daños. Entre las exenciones más usuales que la *Defamation Act* recoge está la defensa por inocente publicación -*innocent publication* en su sección 1)¹⁴³⁹. Todo esto tiene especial relevancia cuando el potencial demandado es un medio de comunicación o sujeto que puede encuadrar o amparar su comportamiento -presuntamente lesivo de un derecho de la personalidad- dentro de la libertad de expresión y/o información¹⁴⁴⁰.

En cualquier caso, habría que diferenciar entre lesiones al derecho del honor -

¹⁴³⁷ En este sentido la *Defamation Act* 1996 (secciones 1-2) prevé un nuevo procedimiento para “enmiendas” (*amends*) por parte del demandado.

¹⁴³⁸ En este concepto se incluye la falsedad, la introducción de materias extraneas y posteriores propósitos. Puede encontrarse supuestos en los que el demandante en vez de alegar *malice* como establece la ley, utiliza la expresión “*malicious*” para describir la conducta del demandado. Aunque en principio este cambio de terminología no debiera producir ningún efecto relevante en la causa puede verse sentencias en las que si se toma en consideración. *Vide, Reynolds v. Times Newspapers Ltd, loc. cit.*, (1999) 4 All ER 609, (1999) 3 WLR 1010 (Lord Hope).

¹⁴³⁹ La *Defamation Act* inglesa de 1996. En términos muy similares en la *Defamation Act* de Nueva Zelanda de 1992, el demandante por su parte puede desmontar las *defences of comment* o los privilegios cualificados alegando dolo o mala fe (*malice*). En este concepto se incluye la falsedad, la introducción de materias extráneas y posteriores propósitos.

¹⁴⁴⁰ En particular, cuando interviene Internet y entran en conexión una gran variedad de ordenamientos jurídicos tan diferentes en la reglamentación de la materia. Para una perspectiva comparativa entre distintos sistemas dentro y fuera de Europa, *vid.* R. Krotoszynski Jr., "Defamation in the Digital Age: Some Comparative Law Observations on the Difficulty of Reconciling Free Speech and Reputation in the Emerging Global Village", *Wash. & Lee L. Rev.*, vol. 62, 2005, pp. 339-353.

difamación- del resto de derechos de la personalidad, pues es posible que el ordenamiento jurídico aplicable prevea distintas causas de exoneración de la responsabilidad en función de si se trata de litigios por difamación o por lesión de privacidad - o confidencialidad-. Como así ocurre en la mayoría de sistemas pertenecientes al *common law* donde las *defences* se reglamentan en las leyes sobre difamación¹⁴⁴¹, no así por ejemplo en el ordenamiento español ya que la LO1/82 no diferencia entre los distintos derechos de la personalidad reglamentados para articular las causas de exoneración. Además, desde la perspectiva del Derecho inglés (y en general en los sistemas de Derecho anglosajón) hay distintas cuestiones prácticas que se plantean en la sociedad de la información respecto de la responsabilidad de los intermediarios y la aplicación a los mismos del estatuto de defensa previsto por la ley para la protección de la libertad de expresión en los supuestos de difamación. Por ejemplo si sería posible o no la aplicación de la *defence* de la *fair comment* o de la *qualified privilege* de la *Defamation Act* 1996 inglesa, al intermediario no autor del comentario o declaración si el demandante prueba que dicho intermediario no comparte la opinión del autor, o cree que dicha información es veraz¹⁴⁴².

¹⁴⁴¹ Como así ocurre en el sistema inglés, donde al margen de los privilegios -absolute *privilege* o *qualified privilege*-, el demandado podría para exonerarse probar cualquiera de las *defences* previstas en la *Defamation Act* 1996 como son la justificación –o *truth*- (cuando el demandado prueba la veracidad de las afirmaciones, o si las afirmaciones cuya veracidad no se ha probado no dañan materialmente la reputación del demandante, centrándose en la veracidad de las demás afirmaciones sí injuriosas) o el “*honest comment*” en una materia de interés público. En términos similares las Leyes sobre difamación de otros Estados del *common law*. Por ejemplo Nueva Zelanda, en su *Defamation Act* de 1992, establece como *defences*: la *Honest opinion* (que correspondería a la *honest comments* inglesa); la verdad (que debe ser probada igualmente por el demandado); privilegio absoluto (declaraciones realizadas en procedimientos parlamentarios; materias publicadas bajo la autoridad del Parlamento; declaraciones realizadas en procedimientos judiciales; y declaraciones realizadas por un oficial (policía, autoridad similar) de un Estado a otro); privilegios cualificados (se diferencia aquí entre distintos posibles orígenes de estos privilegios: a) Derivados del *common law -duty/ interest*, y defensa frente a ataque previo-; b) derivados del propio estatuto – de la *Defamation Act*-); el consentimiento; la difamación no intencionada (ausencia de dolo) y finalmente el perdón. véase J. Hughes, J. Burrows, J. Smillie, C. Hawes, A. Beck, *The Law of Tort...*, *ob. cit.*, pp. 687-732. En términos similares a la *Defamation Act* inglesa se regulan las *defences* en el sistema irlandés. Así, la *Irish Defamation Act* de 1999, establece en su parte 3ª las posibles defensas alegables por el demandado, en las secciones 16 (*Truth*), 17 (*absolute privilege*), 18 (*qualified privilege*), y 20 (*honest opinion*); concretándose la *malice* (dolo) como la causa principal de pérdida del *qualified privilege* como defensa (sec. 19).

¹⁴⁴² Para Collin no existe problemas para aplicar la *fair comment* a las personas que publican

79. La primera de las premisas que hay que tomar en consideración -con independencia de quien sea el presunto demandado-, es que tal y como están configurados en la generalidad de ordenamientos jurídicos este tipo de derechos, su contenido y alcance varían de una a otra persona, pues se perfila en función del propio comportamiento del titular. La esfera de intimidad intocable -que es merecedora de tutela- dependerá de los actos propios de la víctima. En consecuencia, la generalidad de ordenamientos prevén como causa de exoneración el consentimiento del perjudicado -ya que elimina la ilicitud de la intromisión-¹⁴⁴³. Cuestión distinta es la forma de verificación de ese consentimiento. Esto es, si el consentimiento debe ser expreso o puede ser también presunto y, en ese caso, qué elementos han de tenerse en consideración para tal presunción¹⁴⁴⁴.

Otras causas que generalmente eliminan la ilicitud de las posibles intromisiones de los derechos de la personalidad se ponen en relación con otros derechos o libertades fundamentales. Esto es, a diferencia del consentimiento- que actúa como factor que delimita el alcance del derecho y, por tanto, de su tutela-, éstas se refieren a la posible concurrencia de otros intereses igualmente merecedores de protección en el sistema jurídico. Se trata de la ponderación de intereses o bienes jurídicos que entran en juego en ciertos casos -la libertad de expresión/información y la privacidad-. La incidencia y diseño de estas causas de exoneración dependerá del tratamiento que el sistema nacional en cuestión da a cada una de estas categorías de derechos. Aunque como ya se vio, en términos generales cuando se cumplen ciertos requisitos las libertades de información y expresión prevalecen en todos los ordenamientos nacionales sobre los derechos se la

comentarios de otros -en particular en el ámbito de Internet, fundamentándose para ello en reiterada jurisprudencia inglesa y escocesa. Vide, M. Collin, *The law of...*, *ob. cit.*, pp. 120-123, en particular respecto de la jurisprudencia más significativa en este sentido, p. 122.

¹⁴⁴³ Art. 2 LO1/82; y en términos similares, *vid.* Parte 3a, secc. 25 de la *Irish Defamation Act* de 2009.

¹⁴⁴⁴ En este sentido puede referirse la noción de privacidad que en el contexto virtual se maneja en el sistema estadounidense, que podía resumirse en que una vez que el titular hubiera volcado la información personal en la red pasa a ser pública y, en consecuencia, ya no existe ilícito por el uso de esa información por terceros. Con la primera puesta a disposición, se presume el consentimiento para cualquier uso o utilización de esa información que en principio estaría tutelada por el derecho de la personalidad en cuestión. *Vid.*, apartados 43-47 del Capítulo I.

personalidad -por el interés público que representan estas libertades frente al interés individual de los derechos de la personalidad-¹⁴⁴⁵. De todo lo anterior se deriva el reconocimiento por la generalidad de ordenamientos jurídicos nacionales de ciertas exenciones para tutelar estas libertades frente a posibles responsabilidades por daños a derechos de la personalidad en el ejercicio legítimo de aquellas (lo que se tutela es la libertad de expresión y el derecho –deber- de información veraz¹⁴⁴⁶). En consecuencia, en caso de conflicto para que prevalezcan estas libertades es necesario -en primer lugar- que la información publicada/difundida sea veraz¹⁴⁴⁷. En la mayoría de los ordenamientos comparados se prevé como una defensa frente a acciones incoadas por difamación o lesiones al honor o reputación la veracidad de las informaciones publicadas¹⁴⁴⁸. En cualquier caso, aunque en algunos sistemas -como ocurre en el español- no se diferencia la aplicación de esta excepción de veracidad cuando se trata de la libertad de expresión y de información, sí resulta de la doctrina del TEDH¹⁴⁴⁹, lo que

¹⁴⁴⁵ Se remite aquí a todo el tratamiento de la cuestión que se hizo en el primer Capítulo al delimitar el alcance de los derechos de la personalidad como límite a las libertades de expresión e información.

¹⁴⁴⁶ Art. 20. 1 apartados a) y d) CE respectivamente, en el Derecho español, y art. 19 DUDH.

¹⁴⁴⁷ La *exceptio veritatis*, que en caso del sistema español opera en los términos delimitados por el TC (véase, jurisprudencia referida en el Capítulo I al respecto). En lo que respecta a la aplicación de esta causa de exención de la responsabilidad en los supuestos de lesión al derecho al honor o a la intimidad, véase, F. Igartua Arregui, “Derecho a la intimidad y derecho al honor. “Exceptio veritatis”. Responsabilidad solidaria. “Quantum” de la indemnización”, en *CCJC*, núm. 19, pp. 263-278.

¹⁴⁴⁸ Por ejemplo, así lo establece el art. 35 de la Ley francesa de 1881 sobre Prensa, donde se dispone que la verdad de los hechos difamatorios puede ser siempre probada, salvo “cuando la imputación se refiera a hechos que se remontan a más de diez años” (párrafo 5º). Si bien, este último inciso que restringe temporalmente la utilización de esta exención por el demandado ha sido eliminado por el Consejo constitucional francés declarándolo contrario a la Constitución por entender que atenta contra la libertad de expresión y los derechos de defensa (Decisión n 2011-131 QPC de 20 de mayo de 2011). Lo mismo ocurre en el Derecho inglés, donde la *Defamation Act* de 1996, prevé atenuantes por la veracidad general del artículo. Y en términos parecidos la *Irish Defamation Act* de 2009, Parte 3a, secc. 16. Una visión comparada entre distintos sistemas pertenecientes al *common law* puede verse en W.V. Horton Rogers, *Winfield & Jolowicz Tort, ob. cit.*, Cap. 12, apartado 12.68. Pero también fuera de Europa, por ejemplo, sobre como la veracidad de información incide en el Derecho de daños japonés, *vid.* R. Krotoszynski Jr., “Defamation in the Digital Age...”, *loc. cit.*, , pp. 348-349.

¹⁴⁴⁹ El TEDH diferencia entre libertad de información y libertad de expresión a la hora de proclamar la aplicabilidad de esta excepción y, con ello, el ámbito de amparo. Nos remitimos a todo lo dicho al respecto en el Cap. I.

puede relacionarse con la existencia de un interés público sobre la información para que ésta sea lícita.

80. Toda vez que las exenciones o defensas con las que puede contar el presunto responsable para eximirse serán aquellas exclusivamente previstas en el ordenamiento jurídico aplicable al fondo –la *lex delicti*–, cuando resulte de aplicación el sistema inglés, la actividad de los tribunales toma un papel notable. La doctrina jurisprudencial en los sistemas del *common law* cumple un papel muy relevante en el diseño de las exenciones que los posibles demandados –los medios de comunicación– pueden hacerse valer frente a acciones de responsabilidad por daños a los derechos de la personalidad – en particular la difamación– en el ejercicio de su libertad de expresión e información. Desde la perspectiva del sistema inglés, entre otras, cabe destacar la sentencia *Reynolds v Times Newspapers Ltd.* (2001, 2 AC 127)¹⁴⁵⁰, por la que se establece la denominada *public interest defense* en el Derecho inglés para los medios de comunicación. Para el uso de esta defensa es necesario que concurren una serie de requisitos acumulativos, entre ellos, además de que la información sea de interés público, es necesario que el demandado –el informante– permita que se comprueben sus fuentes de información (cuando así corresponda), y permitir que la persona supuestamente difamada tenga una posibilidad razonable de rebatir la información publicada. En este sentido, puede referirse un asunto en que fue alegada esta defensa, asunto *Jameel v Wall Street Journal (loc cit.)*¹⁴⁵¹, en este asunto se da muestra del problema de prueba que la aplicación de

¹⁴⁵⁰ Por lo que se conoce como *defense Reynolds privilege (public interest)*, establecida por la Cámara de los Lores en su decisión en el caso de libelo *Reynolds*, en 1992.

¹⁴⁵¹ El actor, Mohammed Abdul Latif Jameel, un adinerado hombre de negocios residente en Arabia Saudí, presentó en diciembre de 2003 una demanda ante el Tribunal Supremo inglés por libelo frente al periódico americano *Wall Street Journal* –que también se publica en Europa–, por una información publicada que le vinculaba a él y a su compañía con la financiación de grupos terroristas. Como defensa, el medio de comunicación alegó no que la información fuera verídica sino que el artículo estaba protegido por la existencia de un interés público (el denominado *Reynolds privilege*). El demandado confió en el hecho de que la información provenía de fuentes confidenciales que no querían ser identificados. A los demandantes se les permitió rebatir esta defensa mediante el uso evidencias testificales que ponían en entredicho la información que el periodista había recibido de sus fuentes. En una resolución prejudicial la Corte de apelación declaró que aunque los demandantes no podrían llevar evidencias que mostraran que las fuentes de información no eran fidedignas, sí podrían llamar a testigos que probaran que la información no era verdadera y, en consecuencia, que era improbable que le hubieran dicho al periodista lo que éste dijo que le informaron, o al menos que lo entendió erróneamente. En este

esta *defensa* supone y su funcionamiento. El asunto *Jammel* ilustra lo difícil que resulta para el editor de un medio de comunicación alegar satisfactoriamente la *Reynolds privilege defence*, cuando se refiere a información proveniente de fuentes no identificadas. En estos supuestos, dados los problemas que plantea, quizá esta defensa podría ser alegada cuando la información publicada resulte finalmente falsa o imposible de probar, aunque en cualquier caso constituye una forma poco común de protección para el editor o responsable del medio de comunicación en cuestión.

81. La utilización del medio virtual para publicar la información, plantea en este ámbito ciertas cuestiones. La red puede ser una importante fuente de información no sólo para particulares sino también para medios de comunicación tradicionales. En este sentido, puede plantearse cómo debe tratarse dicha información si finalmente no es verdadera y lesiona –presuntamente- los derechos de la personalidad de algún sujeto. En particular, en un supuesto en el que el medio de comunicación publica una información presuntamente lesiva sin verificarla pero sí refiere expresamente la fuente de origen: Internet. La falta de veracidad o de exactitud elimina *-a priori-* la posibilidad de acogerse a la libertad de expresión/información para tutelar su comportamiento, pero el medio de comunicación no es el autor de la información, por lo que la posible imputación de responsabilidad alguna por los daños derivados por su publicación puede resultar controvertida. La cuestión aquí sería verificar la actuación del medio de comunicación en el tratamiento de la información. Esto es, si fue manipulada, modificada, o si simplemente se limitó a republicar una información que ya aparecía en la red indicando la fuente. Podría establecerse en este sentido un paralelismo con la doctrina del “reportaje neutral” operativa en el Derecho español. Esta doctrina exime de responsabilidad al medio, ya que se limita a publicar una información que no es suya sin añadir nada, indicando expresamente de dónde ha salido ésta, limitándose exclusivamente a parafrasear (lo que en el caso anterior correspondería con la republicación de la información colgada en la red), sin modificar la información -añadiendo o quitando-. Esta postura puede identificarse en Derecho comparado con la inmunidad que se reconoce a los medios de comunicación frente a la responsabilidad civil que pudiera derivarse de la publicación de la información, cuando esta divulgación

sentido, Lord Simon Brown hizo una advertencia clara: “(...) *journalists for their part should be circumspect about referring to the quality of their anonymous sources lest they thereby seek an untoward advantage in litigation*”.

se califica como “*verbatim reproduction*” de material ya publicado por otro medio con referencia expresa de la fuente. En estos casos, los potenciales responsables por la posible lesión de derechos de la personalidad por la publicación/difusión de la información se reducirán al autor material de la información, o el que volcó la información en la red y, en su caso, a los prestadores de servicios en Internet que incurran en responsabilidad.

En definitiva, aunque Internet es un medio de difusión de contenidos muy distinto de los medios tradicionales de comunicación (tanto por sus caracteres propios que lo convierten en un medio ubicuo, como en lo que se refiere a los sujetos intervinientes en el medio: que pueden ser particulares sin necesidad de registrarse o de cumplir con los requisitos establecidos por los Estados para los medios de comunicación tradicionales, etc.), no parece razonable eliminar automáticamente esta posibilidad al fin de valorar posibles indemnidades. Ahora bien, ésta es una cuestión controvertida que puede ser objeto de tratamiento diferente según los países -y de ahí la importancia de la ley aplicable-. En particular, para el anterior supuesto de republicación por un medio de comunicación tradicional de una información ya publicada en la red, aunque no sea Internet en sentido estricto otro medio de comunicación –en función de los requerimientos legalmente establecidos en cada país para tal condición-, debería ser suficiente para eximir de responsabilidad al medio sobre la base de la exención de la “*verbatim reproduction*”, cuando concurren el resto de requisitos (indicación expresa de la fuente del material potencialmente lesivo y la falta de modificación de la información por el medio que republica, siempre y cuando exista buena fe y falta de intencionalidad en causar daño)¹⁴⁵².

¹⁴⁵² En este sentido se ha interpretado por el TEDH en la Sentencia de 5 de mayo de 2011, en el asunto *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtetel v. Ukraine* (no 33014/05), en donde en sus §§ 64 y 66 el Tribunal tras recalcar las diferencias existentes entre los medios de comunicación tradicionales e Internet, y en ausencia de cualquier regulación nacional sobre el tratamiento de la información en la red y con el objeto de que se garantice debidamente la libertad de expresión e información que le corresponde a los periodistas y medios de comunicación (bajo el art. 10 CEDH), así como la previsión de las restricciones a esta libertad de expresión, cuando la información se obtiene de Internet, el TEDH acoge esta posibilidad. Un análisis de esta sentencia puede verse en M. Castellaneta, “Sulla pubblicazione di notizie tratte dal web interviene la CEDU”, artículo de 5 de mayo de 2011 publicado en su *blog*, disponible en <http://www.marinacastellaneta.it/> (visto el 9 de diciembre de 2011).

82. Cuestión distinta es si procede la aplicación de las exenciones e indemnidades que los distintos ordenamientos jurídicos prevén para los medios de comunicación en el ejercicio de la libertad de expresión y/o información cuando entren en conflicto con los derechos de la personalidad cuando el medio utilizado sea el virtual. La cuestión es si puede aplicarse automáticamente el mismo régimen de exoneración de responsabilidad previsto para los medios de comunicación tradicionales al medio virtual. Si bien, dejando al margen los supuestos de versiones digitales de medios de comunicación o cuando se trate de un periódico o medio exclusivamente digital donde no se planteara duda alguna. Dada la ausencia de reglamentación propia del medio virtual y su indudable incidencia como medio universal de difusión de contenidos, quizá no sería adecuado eliminar automáticamente la posibilidad de aplicar -por analogía- ciertas indemnidades y exenciones de responsabilidad previstas por las legislaciones nacionales para los medios de comunicación en el resto de supuestos. En cualquier caso, será la ley rectora de la responsabilidad la que dé respuesta a esta cuestión en cada caso en particular. Pero cabe aventurar que si el daño es consecuencia de cierta información publicada o colgada en un soporte virtual por un particular, difícilmente las exenciones previstas para garantizar la libertad de información podrían ser aplicadas en ese caso, no así las previstas para garantizar la libertad de expresión -si es que son distintas en el ordenamiento aplicable-.

5.-) Otras cuestiones

83. Al margen de las cuestiones anteriores, hay otras que en este tipo de litigios en la práctica habitual es necesario despejar y para ello hay determinar la ley que les resulta de aplicación. Típicamente estas cuestiones se reglamentarán bien por el Derecho material rector de la responsabilidad bien por la ley del foro, en función de si la cuestión en particular tiene o no otorgado -por el foro- carácter procesal. Es el caso, por ejemplo, de la caducidad o prescripción de la acción de reclamación o la transmisibilidad de la acción –generalmente en caso de fallecimiento del perjudicado-, entre otras.

A) Caducidad y modos de extinción

84. Una de las causas más comunes de extinción del derecho de la víctima -o

sujeto legitimado- para reclamar ante supuestos de lesión de derechos de la personalidad -al igual que en cualquier otra causa- es el ejercicio de la acción judicial fuera de los plazos previstos legalmente para ello. De forma tal que el vencimiento del plazo supone la extinción de la obligación extracontractual del presunto responsable. El transcurso del tiempo legalmente fijado para el ejercicio de la acción de tutela de que se trate, conduce a la preclusión del derecho del perjudicado o de aquél que se encuentre legalmente legitimado para reclamar. Los plazos señalados a tal fin pueden ser de prescripción o de caducidad¹⁴⁵³, lo que conlleva ciertos factores diferenciadores que inciden en el ejercicio del derecho de tutela mediante la acción¹⁴⁵⁴ (como son por ejemplo que pueda o no interrumpirse el cómputo del plazo por actuaciones del reclamante, o la posible suspensión del cómputo del plazo¹⁴⁵⁵). En términos generales, la ley aplicable al fondo suele reglamentar la cuestión de los plazos de los que dispone la víctima para reclamar la tutela de sus derechos lesionados, así como el inicio, la interrupción y la suspensión de los plazos. Típicamente ésta será la ley rectora de la responsabilidad, pero es posible que sea otro ordenamiento distinto, en función de la solución de ley aplicable prevista en el sistema de DIPr del foro para cada acción¹⁴⁵⁶. También ese sistema jurídico será el

¹⁴⁵³ Como ocurre en el Derecho español. Aunque hay ordenamientos jurídicos en los cuales no se hace distinción en este sentido, como así ocurre en la generalidad de países pertenecientes al sistema del *common law*. Por ejemplo, en el Derecho inglés se utilizan expresiones tales como “time limit for action”, “time limitation”, y otras parecidas, sin diferencia respecto a si están relacionados con la acción o el derecho. Cf. Secciones 5 y 6 de la *Defamation Act* de 1996 inglesa (Sec. 5. Limitation of actions: England and Wales; Sec. 6. Limitation of actions: Northern Ireland). Y en los mismo términos la *Irish Defamation Act* 2009 (sec. 38 (1)).

¹⁴⁵⁴ En el sistema procesal francés, la prescripción se recoge como una de las denominadas “*fins de non-recevoir*” –que el demandado puede alegar para que el juzgador –sin entrar sobre el fondo del asunto- inadmita a trámite la pretensión del demandante, ya que supone la extinción del derecho. Art. 122 del Código civil procesal francés (*loc. cit*): “Constituye una fin de *non-recevoir* toda alegación dirigida a lograr que el tribunal, sin entrar en el fondo, declare inadmisibile la pretensión de la contraparte por ausencia del derecho de acción, ya sea por falta de legitimación, por falta de interés legítimo, por prescripción, por moratoria o por cosa juzgada.”

¹⁴⁵⁵ En el Derecho español –Derecho civil común-, la prescripción, puede ser suspendida o interrumpida, y en caso que prescriba la acción la obligación se convierte en natural. Mientras que la caducidad, que afecta al propio derecho, sólo se aplica en situaciones especiales, y no puede suspenderse o interrumpirse –salvo disposición legal en contrario-, y en caso que caduque el derecho no subsiste obligación alguna. Los plazos de prescripción o caducidad son de carácter imperativo.

¹⁴⁵⁶ Aunque por lo general los sistemas nacionales suelen prever una única solución de ley aplicable para todas las acciones de tutela de la víctima, si es posible que se establezcan normas de

que determine la naturaleza de tales plazos -de caducidad o prescripción-. No obstante, es posible que en el foro esta cuestión sea de naturaleza procesal, de tal forma que se reglamente por su Derecho (por el principio de *lex fori regit processum*). Ahora bien, ese tratamiento procesal de la cuestión no es común en los sistemas nacionales de los Estados miembros de la UE. Esta aproximación de fondo de la cuestión puede verse recogida en la codificación conflictual en materia de responsabilidad extracontractual realizada a través del RRII -aunque no sea de aplicación en esta materia-, donde en el artículo 15 apartado h) establece que los diversos modos de extinción de la obligación, así como la prescripción, la caducidad se encuentran dentro de las cuestiones reglamentadas por la ley aplicable a la obligación extracontractual concretada por esta norma comunitaria (“*el modo de extinción de las obligaciones, así como las normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad*”).

Cuestión distinta es que aun siendo de fondo, en el foro pueda realizarse un tratamiento procesal de la cuestión¹⁴⁵⁷ al tener elementos o componentes procesales. Como así ocurre en el ordenamiento jurídico español cuando el procedimiento se insta dentro de su jurisdicción y por el demandado se plantea como excepción la prescripción y caducidad -que pueden impedir la tramitación del procedimiento o al menos lo dilata-¹⁴⁵⁸. En estos casos, la ley procesal del foro será la que determine el momento procesal para hacer valer tal excepción -cómo y cuando- y las consecuencias -sobre el

conflicto distintas en función de la acción que se ejercite por el perjudicado. Esta es precisamente la solución que se ha propuesto por el Parlamento europeo en su iniciativa legislativa para modificar el RRII con el fin de incorporar la materia en su ámbito de aplicación -una norma de conflicto para la acción de reparación y otra distinta para la acción de rectificación o réplica-.

¹⁴⁵⁷ Aplicando consecuentemente su Derecho procesal que será el que determine los efectos en el procedimiento de esas excepciones si son admitidas.

¹⁴⁵⁸ Las excepciones previstas en la LEC 1/2000 para los procesos declarativos como este se agrupan en procesales y materiales. La prescripción es el ejemplo paradigmático de excepción material que impide el enjuiciamiento de la causa. Las excepciones procesales, por su parte, tienen como contenido la falta de presupuestos o el incumplimiento de requisitos procesales, y deberán ser propuestas por el demandado en la contestación a la demanda (artículos 405.3 y 443.2 LEC). En términos generales, sobre el tratamiento y efectos de las excepciones en el procedimiento declarativo civil sustanciado ante los tribunales españoles *vid*, A. J., Pérez-Cruz Martín y J. L. Seoane Spigelberg, *Derecho procesal civil*, Coruña, 2011.

procedimiento- que conlleva su admisión por el juzgador.

Finalmente, también será la ley rectora de la responsabilidad la que determine otras causas o modos de extinción de la obligación de la que deriva la obligación extracontractual por los daños a los derechos de la personalidad del perjudicado¹⁴⁵⁹. Aunque en este apartado se abordará exclusivamente el tratamiento nacional de la prescripción y/o caducidad en distintos sistemas nacionales como las principales causas de extinción de la obligación y, por ende, del derecho del perjudicado a reclamar frente a lesiones de sus derechos de la personalidad.

85. En el Derecho español la tutela de los derechos de la personalidad puede solicitarse a través de dos vías distintas, con plazos de prescripción distintos. Por una lado, a través de la acción general de responsabilidad extracontractual del art. 1902 Cc y, por otro, la tutela específica por daños a los derechos de la personalidad de la LO1/82. Será el perjudicado el que concrete –en su escrito de demanda- qué vía quiere ejercitar dentro del ordenamiento español. Una las ventajas de la tutela de estos derechos a través de la LO1/82 -frente a la prevista en el art. 1902 Cc.¹⁴⁶⁰- es el plazo para el ejercicio de las acciones de tutela, ya que es mayor en la LO: cuatro años frente al año prescrito en el Código civil. Plazos similares pueden verse en la reglamentación de la materia en otros países. Por ejemplo, un plazo de un año también es el que se prevé en el sistema inglés -si bien de caducidad- para el ejercicio de la acción por difamación por el reclamante (ya sea por *libel* o *slander*), a contar desde la fecha en la cuál el hecho causante del daño tuvo lugar¹⁴⁶¹.

¹⁴⁵⁹ Por ejemplo por la extinción del propio derecho de la personalidad cuya tutela se pretende. En todos los sistemas jurídicos se produce la extinción de los derechos de la personalidad con la muerte de la persona titular -dado que los derechos de la personalidad son imprescriptibles, ya que son inherentes e irrenunciables a la persona-. No obstante, hay supuestos en los es posible la transmisibilidad *mortis causa* de los derechos de la personalidad, lo que supondría que la extinción de la persona no impediría la solicitud de tutela judicial por intromisión ilegítima sobre el derecho. En particular, en lo que se refiere al sistema inglés véase, W.V. Horton Rogers (ed.), *Winfield & Jolowicz Tort, ob. cit.*, Cap. 23 (“Death in relation to Tort”), § 23-2 a 23-7, pp. 1007- 1011.

¹⁴⁶⁰ Un análisis comparativo de los dos procedimientos de tutela de los derechos de la personalidad en el ordenamiento jurídico español puede verse en C. Ruíz de Miguel, *El derecho a la protección...*, *ob. cit.*, p. 296; L. Rebollo Delgado, *El derecho fundamental...*, *ob. cit.*, pp. 412-413.

¹⁴⁶¹ *Vid.* Secciones 5 y 6 de la *Defamation Act* de 1996 inglesa (Sec. 5. Limitation of actions:

En estos ordenamientos no se recogen reglas específicas –en este aspecto- en función del demandado o del medio utilizado para cometer la intromisión –por ejemplo si se trata de un medio de comunicación-. Pero sí hay sistemas jurídicos en los cuales bien se prevén distintos plazos dependiendo de si el demandado es un medio de comunicación¹⁴⁶², o bien, sin establecer plazos específicos sí que rigen reglas distintas para el cómputo de los plazos -en función del medio utilizado para la publicación o difusión del contenido lesivo-. Por ejemplo, en el Derecho francés los plazos -de prescripción- previstos para el ejercicio de las acciones judiciales por la víctima de una difamación son muy perentorios cuando cae dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Prensa de 1881¹⁴⁶³: 3 meses con independencia de la gravedad de la infracción, y de 3 días para plantear recurso -plazos que son comunes tanto en la vía civil como en la penal-. En la legislación actual no se diferencia -en términos de cómputos de plazos- entre los supuestos de difamación por publicación de información en medios de comunicación tradicional e Internet, aunque sí se prevén futuras reformas legislativas que podrían incidir en este aspecto¹⁴⁶⁴. Este plazo pasaría de los tres meses actuales a un año, a contar a partir de la publicación del contenido ilícito (para todos los casos). Aunque cuando el medio utilizado para la publicación sea Internet, la *Loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN)* sí prevé ciertas normas que inciden en cierta manera en la responsabilidad de los prestadores *online* -ante supuestos de difamación por contenidos publicados utilizando su servicio- cuando por la víctima se solicita la cesación de la disponibilidad de los contenidos lesivos en la red¹⁴⁶⁵-. En

England and Wales; Sec. 6. Limitation of actions: Northern Ireland). Y en los mismo términos la *Irish Defamation Act 2009* (sec. 38 (1)), por la que se modifica *The Statute of Limitations 1957* en lo que se refiere al plazo para el ejercicio de la acción por Difamación.

¹⁴⁶² Lo que está directamente relacionado con la tutela que es ese ordenamiento se le da a las libertades de expresión e información.

¹⁴⁶³ Lo que sucede cuando la presunta difamación sea consecuencia de la publicación de información por un medio de comunicación de los incluidos dentro de su ámbito de aplicación –incluida la televisión según las últimas modificaciones legales- (*vid.* art. 2 de la Ley de Prensa de 1881).

¹⁴⁶⁴ Previsiblemente se produzca a corto plazo una modificación legislativa al respecto. Buscando el objetivo de proteger mejor a las víctimas de difamación, se han presentado diversas proposiciones de ley del verano de 2008, entre las que destacan aquellas que quieren extender el plazo de prescripción para los delitos de difamación en Internet (<http://www.droit-technologie.org/actuality/details.asp?id=1165>).

¹⁴⁶⁵ En lo que respecta al cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de cesación, en el

particular, estas disposiciones inciden en el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de reclamación por el perjudicado, que es distinto del establecido para los supuestos en los que el medio de publicación utilizado sea un medio de comunicación tradicional. En esta norma se establece que el régimen de prescripción de la acción de reclamación por la víctima comienza -en los supuestos de comunicación *online*- a partir de la cesación de la disposición del mensaje, mientras que para el caso de la publicación escrita el punto de partida de la prescripción es la primera comunicación al público. De tal manera que la ley abre el ejercicio de la acción civil y penal durante plazos manifiestamente distintos según el soporte utilizado para la comunicación (y en los mismo términos, respecto del momento para iniciar el cómputo del plazo para el ejercicio del derecho de respuesta o rectificación). Esta previsión normativa podría considerarse como contraria al principio de igualdad -desde la perspectiva de la víctima, en función del medio utilizado para la lesión de su derecho de la personalidad¹⁴⁶⁶-.

momento del examen del proyecto de la *LCEN*, una enmienda votada por el Senado había determinado que el punto de partida del plazo de prescripción para la cesación de los mensajes *online* era dudoso. Por su parte, en su decisión del 10 de junio de 2004, el Consejo Constitucional francés, en el examen de la constitucionalidad de esta ley -propuesta-, censuró esta disposición, al considerar que la diferencia de tratamiento que esta medida instituía entre prensa escrita y comunicaciones vía Internet era excesiva respecto al objetivo de lucha contra los delitos de prensa. De tal forma que, el Consejo Constitucional anuló esta disposición de la *LCEN*. Vid. Decisión del Consejo Constitucional no 2004-496 DC de 10 de junio de 2004, (disponible en la dirección web <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2004/2004-496-dc/decision-n-2004-496-dc-du-10-juin-2004.901.html>.)

¹⁴⁶⁶ Como así lo ha manifestado en alguna ocasión el Consejo Constitucional francés. El Consejo Constitucional francés, encargado de garantizar que la norma respeta los derechos individuales garantizados por la Constitución francesa, ha emitido al respecto varias reservas de interpretación muy relevantes. En lo que se refiere al régimen de prescripción de la acción cuando la comunicación es *online*, se ha planteado si, teniendo en cuenta que las condiciones distintas de recepción entre las comunicaciones escritas y comunicaciones en línea, le era lícito al legislador el no fijar -en materia de infracciones por medios de comunicación- un régimen de prescripción idéntico para el uno y para el otro. Del tenor literal de la Decisión del Consejo Constitucional, parece que no se ha descartado toda posibilidad de regulación del plazo de prescripción para los soportes electrónicos. Es más, parece haberlo admitido el principio en su decimocuarto considerando: “*Considérant que, par elle-même, la prise en compte de différences dans les conditions d’accessibilité d’un message dans le temps, selon qu’il est publié sur un support papier ou qu’il est disponible sur un support informatique, n’est pas contraire au principe d’égalité ; que, toutefois, la différence de régime instaurée, en matière de droit de réponse et de prescription, par les dispositions critiquées dépasse manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation*”

86. En síntesis, en la generalidad de ordenamientos jurídicos los plazos –de caducidad y/o prescripción- se reglamentan como una causa de extinción de la obligación y, como cuestión de fondo, se rige por la ley aplicable a la responsabilidad según su sistema de DIPr. Dado que el tratamiento de la cuestión difiere en gran medida entre los ordenamientos jurídicos nacionales, la determinación de la ley aplicable tiene gran relevancia, en particular cuando el presunto responsable de la lesión del derecho sea un medio de comunicación o el medio utilizado para la publicación o difusión del contenido lesivo fuera Internet. En el caso particular del sistema de DIPr español, la caducidad o prescripción de la acción para solicitar la tutela frente a violaciones de los derechos de la personalidad es una cuestión de Derecho aplicable y no procesal, de tal forma que será la ley concretada por la regla del art. 10.9 Cc. la que reglamente tal cuestión (en caso de que fuera el ordenamiento jurídico español el aplicable los plazos para el ejercicio de la acción de tutela de estos derechos será el establecido en el art. 9.5 LO 1/82: 4 años de caducidad).

B) Transmisibilidad de la acción

87. La posibilidad o no de que el ejercicio de las acciones con las que la víctima cuenta para la tutela de sus derechos de la personalidad presuntamente conculcados puedan transmitirse a otros sujetos, la concreción de a quiénes puede transmitirse, y en qué casos o supuestos, son cuestiones que generalmente vienen reglamentadas por la ley aplicable a la responsabilidad. Típicamente, la transmisibilidad del derecho a reparación del perjudicado puede realizarse por vía de cesión o sucesión (*mortis causa*)¹⁴⁶⁷-si bien, cada ordenamiento jurídico puede tipificar éstas u otras vías de transmisión-. No obstante, al igual que ocurría con la cuestión de los plazos, es posible que en el foro estas cuestiones sean de naturaleza procesal lo que conduciría a la aplicación de su Derecho. Si bien, en la generalidad de ordenamientos jurídicos analizados esta es una cuestión de fondo no procesal. En particular, entre los Estados miembros de la UE es la tónica general, por lo que se ha concretado esta cuestión como una de las incluidas

particulière des messages exclusivement disponibles sur un support informatique” (Cf. Decisión del Consejo Constitucional no 2004-496 DC de 10 de junio de 2004, *loc. cit.*).

¹⁴⁶⁷ Igualmente cabría plantearse la transmisibilidad de la acción de rectificación o réplica si así lo establece la ley aplicable al fondo.

dentro del ámbito de la ley aplicable a la obligación extracontractual en el RRII (art. 15. e): “la transmisibilidad, incluida por herencia, del derecho a reclamar por daños o a solicitar indemnización”). Cuestión distinta es que la materia tenga indudablemente componentes o elementos procesales, ya que si se produce la sucesión¹⁴⁶⁸ ya iniciado el procedimiento será la ley procesal del foro la que determine cómo afecta esa sucesión – Derecho sustantivo- en el contexto procedimental. Esto es, en qué supuestos se reconoce la sucesión procesal, en qué condiciones y en qué plazos se debe solicitar esa sustitución para que produzca efectos¹⁴⁶⁹. De tal manera que es posible que desde el punto de vista del Derecho material se haya verificado válidamente la transmisión (ya sea del derecho de la personalidad –de alguno de sus aspectos- y, en consecuencia también de los mecanismos de tutela de ese derecho, o exclusivamente el derecho a reclamar) pero desde el punto de vista del Derecho procesal del foro no permita la sustitución en el procedimiento ya abierto por esa causa (porque, por ejemplo, no se comunicó en tiempo y forma de conformidad con la ley procesal). En este último caso, esto se traduciría no en la pérdida del derecho a reclamar -por el ahora legitimado- sino que éste debería incoar un nuevo procedimiento en el foro.

88. La particularidad del bien jurídico tutelado por los derechos de la personalidad podría plantear dudas sobre las vías admisibles para la transmisión del derecho de reparación del titular, lo que en cualquier caso será despejado en función del Derecho aplicable a la responsabilidad extracontractual. En principio, si el ordenamiento aplicable permite al titular del derecho de la personalidad disponer de ciertos aspectos del mismo (que pueden considerarse como comercializables -as a commodity-) mediante distintos tipos de negocios jurídicos, no tendría que plantear problemas la posible cesión del derecho de reparación en lo que respecta al aspecto que

¹⁴⁶⁸ O transmisión de la acción por alguna de las causas legales previstas en el ordenamiento aplicable.

¹⁴⁶⁹ En el caso español la LEC 2000 prevé únicamente tres supuestos en los que se permite la sucesión procesal (Cap. III, artículos del 16 al 18): sucesión procesal por muerte, sucesión por transmisión del objeto litigioso, y sucesión en los casos de intervención provocada. Para cada uno de estos supuestos se establecen condiciones y plazos distintos que reglamenta directamente la ley ritaria – con excepción de supuestos de concurso de acreedores que remite a la ley Concursal-. Sobre la posible transmisión del ejercicio de la acción en caso de fallecimiento del legitimado en Derecho inglés *vid.* W.V. Horton Rogers (ed.), *Winfield & Jolowicz Tort, ob. cit.*, Cap. 23 (“Death in relation to Tort”), § 23-2 a 23-4, pp. 1007- 1008.

fue puesto a disposición -pues conjuntamente con el ejercicio o explotación de ese aspecto se cedería el derecho a reclamar en caso de que se produjera una intromisión no consentida por un tercero-. Cuestión distinta es la protección jurídica *post mortem* de los derechos de la personalidad -no así de su titularidad, ya que los derechos de la personalidad se extinguen con la persona-. En este último supuesto se trataría de la defensa judicial de los derechos del honor, la intimidad y propia imagen de las personas fallecidas, que en el caso de que resultase de aplicación el Derecho español, está expresamente prevista en la LO1/82 (arts. del 4 a 6)¹⁴⁷⁰. Esta norma prevé una cadena de legitimaciones por sustitución que permitirán la defensa de los derechos de la personalidad de aquellos que por sí mismo no se pueden defender (arts. 4 y 5). Para el supuesto particular de que la intromisión ilegítima se hubiera producido en vida del titular pero éste falleció antes de que pudiera ejercitar las acciones judiciales correspondientes para su tutela, la LO legitima a todas las personas señaladas en el art. 4 para continuar, en su caso, con el procedimiento iniciado por el afectado tras su fallecimiento (art. 6 apartados 1 y 2 LO1/82).

89. Para finalizar, es posible que el Derecho material aplicable permita un supuesto particular de transmisión *mortis causa* de la propia titularidad del derecho -no sólo del derecho de reparación-. Se trata del *right of publicity*¹⁴⁷¹ -inicialmente originario del Derecho americano pero que cada vez más se refleja en la práctica jurisprudencial comparada¹⁴⁷²-. Lo particular aquí es que aunque se trata de un derecho relacionado con la persona -y muestra ciertas similitudes con los aspectos patrimoniales del derecho a la imagen- no sigue la misma suerte que los derechos de la personalidad. A diferencia de los derechos de la personalidad, el *right of publicity* no se extingue con la muerte de la persona sino que puede sobrevivirle. Por lo que es posible que se transmita -*mortis*

¹⁴⁷⁰ Vid. A. L. Cabezuelo Arenas, "El honor de la persona fallecida...", *loc. cit.*, pp. 464 y ss.

¹⁴⁷¹ Que no coincide plenamente con el derecho patrimonial a la imagen consagrado en el ordenamiento español -y en otros sistemas continentales-. La distinción entre estos dos derechos vinculados a la persona, su posible admisión en el sistema español por la doctrina y su comparativa con el sistema estadounidense ya fue abordado en el Capítulo I, por lo que se remite aquí a todo lo dicho en esa parte.

¹⁴⁷² Se trata de una tendencia emergente en el derecho jurisprudencial que tiene su origen en la práctica estadounidense, y que puede observarse en numerosos países. Para un análisis comparativo de la incorporación paulatina de esta tendencia en los sistemas continentales, véase, G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità...*, *op. cit.*, pp. 224-232.

causa- la titularidad del derecho además del título legitimador para entablar cualquier procedimiento judicial en su defensa.

IV.- Derecho conflictual de fuente interna

1.-) Problemas de interpretación del artículo 10.9 Cc en estos litigios

90. Las circunstancias actuales promueven una interpretación del alcance de la norma del 10.9 I Cc acorde con el contexto comunitario e internacional en el que España está inserta¹⁴⁷³. En este sentido, aunque la regla del 10.9 Cc en principio no tendría que verse afectada en su interpretación y aplicación por los textos internacionales, por ser una norma de fuente interna -de aplicación subsidiaria en defecto de instrumento comunitario o texto convencional aplicable-, sí resulta conveniente tal aproximación. La regla de ley aplicable contenida en el párrafo primero del art. 10.9 Cc. ha quedado desplazada por el RRII y por toda la normativa internacional específica que indica el régimen jurídico aplicable a las obligaciones extracontractuales en los supuestos internacionales. Pero este precepto sigue conservando su valor plenamente –aun con el citado carácter residual- para ciertas materias no reglamentadas internacionalmente de forma específica (ni tampoco por el RRII), como es el caso de los ilícitos contra los derechos de la personalidad. En particular, parece que resultaría conveniente la interpretación de esta norma interna en relación con el Reglamento Roma II -como norma comunitaria que unifica las soluciones de ley aplicable en todo el territorio comunitario en el sector de la responsabilidad civil extracontractual, donde se encajarían estos supuestos-. Ahora bien, en lo que respecta a esta posible interpretación coordinada de la regla de conflicto de fuente interna con el RRII (en el ámbito de las obligaciones extracontractuales derivadas de lesiones a los derechos de la personalidad y en el resto de materias excluidas del RRII), partiendo de la ausencia de obligación internacional en este sentido, la posible incidencia del Reglamento podría ser de carácter orientativo.

91. La regla contenida en el 10.9 I Cc plantea ciertos problemas a la hora de su aplicación, fundamentalmente en cuanto a su interpretación, lo que puede generar cierta inseguridad jurídica a la hora de concretar el Derecho aplicable. El supuesto de hecho es

¹⁴⁷³ Vid. L. Garau Juaneda, “Las fuentes españolas...”, *loc. cit.*, pp. 403-445.

la primera de las cuestiones que surge a la hora de determinar la aplicación de esta norma conflictual, esto se traduce en la necesaria calificación del caso en concreto como uno de los supuestos encuadrados dentro del sistema de responsabilidad civil no contractual recogido en el art. 10.9 Cc. Para la calificación del caso ha de atenderse al Derecho del foro, es decir, al Derecho español, y dado que el sistema español de responsabilidad civil es un “sistema de cláusula general”¹⁴⁷⁴ (tal y como está configurado por el legislador, *vid.* artículo 1902 Cc.), el art. 10.9 I. Cc. cubre toda clase de reclamación indemnizatoria que no encaje dentro de otras categorías jurídicas –como responsabilidad contractual, alimentos, etc.-. En este sentido, no existe duda de que las obligaciones derivadas de lesiones a los derechos de la personalidad encajan dentro del supuesto de hecho de la regla del 10.9.

Ahora bien, los principales problemas que el art. 10.9 plantea vienen determinados por el punto de conexión utilizado por el legislador. En este sentido, el art. 10.9 I Cc. establece que “Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que se deriven”. El legislador optó en esta materia (obligaciones extracontractuales) por consagrar como punto de conexión el tradicional *locus delicti*. La cuestión aquí es determinar en qué lugar/es se concreta exactamente este punto de conexión. Parece que de la redacción de este artículo se deriva una interpretación más favorable para la aplicación de la ley del lugar del hecho causal o lugar de origen (*locus delicti*) que por la ley del lugar de resultado (*locus damni*)¹⁴⁷⁵. En este sentido es en el que se ha manifestado la doctrina española mayoritaria, tendiendo a interpretar que el lugar relevante indicado en el art. 10.9 I Cc es el del hecho causal, es decir, el lugar de origen de daño¹⁴⁷⁶. Ahora bien, el tenor literal

¹⁴⁷⁴ En este sentido lo explica M. A. Amores Conradi, “Art. 10.9 C.c.”, *Com. Cc. y Comp. For.*, 2a ed., 1995, pp.729-769; *Id.*, “Obligaciones extracontractuales”, en *Obligaciones extracontractuales*, en J. D. González Campos y Otros, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6a ed. Revisada, Madrid, 1995, pp. 209-204.

¹⁴⁷⁵ Cf. P. Franzina, “Il Regolamento “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali”, en *la Unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir. A. L. Calvo Caravaca/E. Castellanos Ruíz), Madrid, 2008, pp. 299-370.

¹⁴⁷⁶ Con carácter general para la materia extracontractual, entre otros: M. A. Amores Conradi, “Art. 10.9 Cc.”, *Comentario Código civil. Ministerio de Justicia*, 1991, pp. 127-130; *Id.*, “Art. 10.9”, *loc. cit.*, pp. 729-769; *Id.*, “Obligaciones extracontractuales”, *loc. cit.*, pp.209-204; J. A. Carrillo Salcedo, “Art. 10.9 Cc.”, *Comentario de las Reformas al Código Civil*, 1977, pp. 543-556; *Id.* “Art. 10.9 Cc.”,

de este precepto -vago e impreciso- permite fundamentar también la interpretación contraria. Evidentemente esta situación genera inseguridad para las partes, que no podrán concretar *a priori* la ley que resulte de aplicación a sus obligaciones extracontractuales cuando se trate de supuestos deslocalizados (donde el lugar de origen y el lugar de resultado son distintos países) y más aun cuando los daños sean también plurilocalizados (los resultados lesivos se materializan en diversos Estados); y esta situación va a darse típicamente cuando el medio utilizado para lesionar los derechos de la persona sea Internet (por publicación y difusión de informaciones controvertidas). Ante esta situación no deseada habría que buscar una solución adecuada que reportara la necesaria seguridad jurídica al sistema de DIPr español. En este sentido, con tal objeto podría optarse por interpretar la regla del art. 10.9 en el mismo sentido que se interpreta el criterio tradicional “lugar del daño” en el RRII para los ilícitos a distancia (con lo que potenciaría la armonización dentro del sistema de DIPr español). Con esta aproximación, cuando se trate de ilícitos a distancia, sólo resultaría relevante para concretar la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual el lugar donde el daño se materializó (lugar de resultado o *locus damni*) y no el lugar del hecho causal (lugar de origen o *locus delicti*)¹⁴⁷⁷. Ahora bien, esta interpretación del punto de conexión del art. 10.9 abriría la puerta a la eventual aplicación de una pluralidad de ordenamientos jurídicos simultáneamente a un mismo supuesto (tesis del mosaico) en aquellos casos de daños múltiples, lo que ocurre cuando el medio utilizado para lesionar los derechos de la personalidad -mediante publicación de contenidos lesivos- tuviera difusión en una

Comentario al Código Civil y a las Compilaciones Forales, 1978, pp. 360-369. Respecto de la interpretación del punto de conexión contenido en este artículo para supuestos específicos de responsabilidad no contractual, entre otros *vid*: G. Palao Moreno, “La ley aplicable a la responsabilidad civil del médico en Derecho Internacional privado español”, *Anuario de Derecho Civil*, 1997, pp. 1793-1815; E. Zabalo Escudero, “La ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de productos en el Derecho internacional privado español”, *REDI*, 1991, vol. XLIII, pp. 75-107. Esta aproximación también se ha sostenido por la doctrina extranjera como la más adecuada en el ámbito del DIPr. Entre otros, véase, G. Beitzke, “Les obligations delictuelles en DIPr. ”, *R. des C.*, 1965-II, pp. 85-96.

¹⁴⁷⁷ Puede encontrarse jurisprudencia nacional que apoya esta tesis interpretativa. A modo de ejemplo: la SAP Baleares de 21 de noviembre de 2000, en relación con unas fotografías tomadas en Mallorca al actor Michael Douglas que fueron publicadas y difundidas en Inglaterra. En esta resolución el tribunal optó a la hora de concretar la ley aplicable remitida por el art. 10.9 Cc. el lugar del daño (Inglaterra, por ser el lugar de publicación) y no el del acto causal (España, donde fueron tomadas las fotografías).

pluralidad de Estados o incluso tuviera alcance global, como es el caso de Internet. Aunque esa potencial pluralidad en la práctica se limita, en el sentido de que para que se considere como lugar del daño es necesario -además de la difusión del contenido en ese país- que concurra el interés personal lesionado -que típicamente, salvo personalidades públicas, se reduciría a un único Estado: generalmente el de residencia del perjudicado, por ser este lugar donde se encuentra el centro de sus intereses-¹⁴⁷⁸.

92. En cualquier caso, el punto de conexión del art.10.9 Cc. adolece de gran rigidez, dado que el legislador –en su diseño- no tuvo en consideración los posibles y dispares supuestos especiales que, con la aplicación neutral y automática del Derecho localizado, puede poner en riesgo la deseada consecución de la justicia material (por resultar aplicable una ley no previsible para las partes y/o más costosa). En consecuencia, en la situación actual se podría fundamentar una posible reclamación en el sentido de flexibilizar el punto de conexión de este artículo, que estuviera en manos del juzgador. Así, el juez español podría determinar como no aplicable la ley del lugar del daño en beneficio de la ley del país con el que el supuesto presentara los vínculos más estrechos -cuando hubiera justificación para ello¹⁴⁷⁹-. Esta aproximación supondría que la determinación del Derecho aplicable sería consecuencia de un análisis de las circunstancias y hechos que rodearon el supuesto en particular -esto es, *a posteriori*-, en función de los datos y elementos probatorios que las partes aporten en el procedimiento al tribunal.

2.-) Determinación de la ley del lugar del daño: lugar de origen o lugar de resultado

93. La ley aplicable a las consecuencias jurídicas de la vulneración transfronteriza de los derechos de la personalidad cuando el tribunal del foro sea español será la determinada con arreglo al art. 10.9 I Cc. Esto supone que, como regla general, la ley aplicable a las obligaciones derivadas por la infracción de estos derechos

¹⁴⁷⁸ Si bien, este no sería el único problema que este criterio de conexión puede generar en los supuestos de daños múltiples a distancia, fundamentalmente derivados que la falta de coordinación con el sistema unificado de CJI dentro del territorio de la UE, como se verá a continuación.

¹⁴⁷⁹ La justificación de esta vía de flexibilización resultaría clara en supuestos tales como que el lugar donde se produjo el daño era absolutamente imprevisible para las partes –es decir, totalmente fortuito-.

será la del país donde se produce el hecho que genera la responsabilidad (lugar de origen); pero no siempre se interpreta en este sentido el punto de conexión por la jurisprudencia nacional (consecuencia de -como ya se anticipó- lo vago e impreciso de su tenor literal). En particular, en los supuestos en los que los daños a los derechos se derivan de la publicación de informaciones o contenidos controvertidos, la jurisprudencia nacional se ha inclinado por aplicar la ley del lugar de resultado para resolver. En estos casos, en la mayoría de las ocasiones, el lugar del daño será localizado en el país donde efectivamente se difunde la información lesiva siempre y cuando el perjudicado sea conocido en aquél lugar –y con una determinada reputación-¹⁴⁸⁰. En definitiva, a la luz de la práctica jurisprudencial nacional en la aplicación de esta normal, en España la interpretación del art. 10.9 Cc admite la aplicación alternativa de la ley de lugar en el que se localiza el hecho causal o del lugar donde se manifiesta el resultado o se produce el daño¹⁴⁸¹. En consecuencia, no puede decirse que en el sistema español –ni por la doctrina ni por la jurisprudencia- se haya establecido un criterio claro y determinante acerca de la precisión del punto de conexión recogido en el art. 10.9 Cc¹⁴⁸².

94. El contexto típico en el que se producen los daños en los derechos de la personalidad es en el ejercicio de la actividad de los medios de comunicación, y cada vez más en el medio virtual -como medio de comunicación y plataforma de expresión de particulares-. Todo ello se traduce, en la mayoría de estos casos, en ilícitos

¹⁴⁸⁰ Se puede encontrar jurisprudencia nacional que, apoyando esta postura interpretativa, se inclina por el *locus damni*, concretando aquél en el lugar donde efectivamente se produce la emisión o difusión de la información ilícita, siempre y cuando en dicho lugar el perjudicado fuera conocido. *Vid.* SAP de Las Palmas (Secc. 3a), núm. 23/2004, 20 enero de 2004, en un supuesto de publicación en páginas *web* de documentos referentes a supuestas lesiones y agresiones sexuales cometidas por el actor contra su propio hijo, donde se puede claramente identificar al actor por alusiones y referencias. La competencia judicial internacional de los tribunales españoles se fundamenta por ser el lugar donde el afectado tiene su domicilio y desarrolla su vida de relación social, aunque el servidor informático se encuentra ubicado en EEUU. Utilizando este tribunal el mismo criterio –*locus damni*- para determinar la aplicación de la normativa española - LO1/82- para calificar como intromisión ilegítima del derecho al honor del actor, condenado a la parte demandada (FJ 1º).

¹⁴⁸¹ *Vid.* P.A. de Miguel Asensio, *Derecho privado...*, *ob. cit.*, p. 199. Esta aproximación choca con el criterio de conexión admitido en el RRII (art. 4), donde se opta claramente por el *locus damni*.

¹⁴⁸² En cuanto a los argumentos a favor y en contra de una y otra interpretación de la regla del 10.9 Cc *vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *ob. cit.*, p. 568.

deslocalizados (a distancia, donde el origen del daño -la publicación-, y el resultado lesivo -la difusión-, se manifiestan en Estados distintos), pero además en potenciales daños plurilocalizados -ya que difusión de la información lesiva se realiza a diferentes países-. En definitiva, este tipo de atentados a los derechos de la personalidad típicamente van a ser ilícitos a distancia y plurilocalizados. En estos casos ha de concretarse en qué sentido el artículo 10.9. I Cc. debe interpretarse (qué criterio utilizar: lugar de origen o lugar de resultado). Si se opta por la aplicación de este precepto en sintonía con el RRII¹⁴⁸³, debería aplicarse la ley del lugar del resultado: la ley del país donde se ha difundido el contenido lesivo, y no la ley del país donde se realizó el acto inicial o causal (la publicación del contenido o colgado de la información). Ahora bien, siempre ha de tenerse en cuenta que en muchos supuestos el propio acto causal constituye *per se* un ilícito. Para aquellos casos, la responsabilidad civil que pueda generarse del acto inicial se regirá por la ley del país donde se produjo. Igualmente, no hay que olvidar la correlación que existen entre la competencia judicial internacional y el Derecho aplicable (*forum-ius*), que determina la necesidad de analizar los distintos supuestos que pueden darse en la práctica (en función de los fueros en los que base su competencia el tribunal del foro y el Derecho aplicable -según la interpretación de este punto de conexión-¹⁴⁸⁴). En estos casos, como el lugar del daño es potencialmente múltiple, las consecuencias prácticas son evidentes. Si se opta por el lugar de resultado como punto de conexión, tendrían que aplicarse de forma distributiva las leyes de todos los países afectados (teoría del mosaico o aplicación distributiva de las Leyes concurrentes¹⁴⁸⁵). En consecuencia, el daño sufrido en cada país se regularía por su

¹⁴⁸³ Esto es, según la regla general del art. 4 RRII. La interpretación de la regla del 10.9 Cc de conformidad con el art. 4 RRII puede producirse finalmente como consecuencia de la inercia de esta regla general que lleve a interpretar de forma “consonante” el sistema interno, si bien, no puede olvidarse que precisamente en el sector de los derechos de la personalidad donde típicamente los daños se manifiestan en una pluralidad de Estados (*ibidem*).

¹⁴⁸⁴ En este sentido hay que remitirse a la interpretación de este criterio como fuero especial de competencia del 5.3 RBI -de aplicación obligatoria para los tribunales españoles en la materia- realizada por el TJCE en el asunto *Shevill* -para los supuestos de difamación a través de prensa escrita y cualesquiera otros medios de comunicación tradicional- o en el asunto *eDate advertinsing* -cuando la difusión de la información lesiva se realiza a través de la red-.

¹⁴⁸⁵ En este sentido se ha manifestado que esta sería uno de los beneficios de la exclusión de la materia del RRII, ya que minimiza el problema de interpretación que se genera en aquellos supuestos en lo que el daño se produce en varios Estados (porque la información lesiva se disemina en diversos países).

propia ley (se fragmenta así la ley aplicable al supuesto, depurando responsabilidades y concretando indemnizaciones según el lugar donde se haya materializado el daño, tal y como lo regule su ley).

95. El principal inconveniente que presenta la utilización del criterio lugar de resultado para concretar el Derecho aplicable a la acción resarcitoria por lesión de derechos de la personalidad, es precisamente la posibilidad de ese mosaico de leyes aplicables al mismo supuesto de hecho¹⁴⁸⁶. Esto se traduciría inevitablemente en un procedimiento más lento –e indudablemente más costoso– para aquella parte que ha de alegar y probar el Derecho correspondiente según donde se haya materializado el daño que se reclama. Desde el punto de vista de la práctica judicial supone una carga probatoria que ralentiza y complica el ejercicio de la justicia. Pues bien, si el actor elige litigar en España –como lugar del daño¹⁴⁸⁷– no habrá problema en el momento de concretar la ley aplicable para dar solución al litigio, porque únicamente cabrá –si se interpreta el art. 10.9 I Cc. en el sentido del RRII– la aplicación de la ley española como *lex damni*. Ahora bien, si por el contrario la víctima decide incoar procedimiento en el lugar de origen –con competencia general para conocer de todos los daños acontecidos– esta interpretación del 10.9 I Cc. conforme al RRII obligara al tribunal español a aplicar tantos Derechos como lugares en los que se materializó el daño. De tal forma que, aun teniendo competencia para conocer de la totalidad de los daños y responsabilidades (justificado por ser el lugar donde se produjo el comportamiento agente o causante de todos los daños sufridos) no se le permite aplicar una única ley, la del foro, por ser la ley rectora de la actuación causante de todos los daños que se reclaman –o susceptibles de reclamación–.

Desde esta perspectiva, parece que existiera una falta de coherencia a la hora de reglamentar la competencia por un lado y el Derecho aplicable por otro –que debería coordinarse dentro del territorio comunitario–. La distinción establecida por el Tribunal de Justicia en el asunto *Fiona Shevill* –ratificada y adaptada al medio virtual posteriormente en el asunto *eDate Advertising*–, entre el *locus damni* y *locus delicti*, consagrando distintos grados de competencia en uno y otro caso, tiene por objeto

Vid. F. J. Garcimartín Alférez, “La unificación del Derecho conflictual...”, *loc. cit.*

¹⁴⁸⁶ Cf. F. J. Garcimartín Alférez, “La unificación del Derecho conflictual...”, *loc. cit.*

¹⁴⁸⁷ Con base en el art. 5.3 RBI.

reconocer que es precisamente esta circunstancia (ser el lugar donde se llevó a cabo la actividad origen de la que se derivan todos los posteriores posibles daños) la que habilita a los tribunales de ese Estado conocer de la totalidad de los daños -en una única acción-. Con ello se evitan los costes que supone litigar en cada país donde se haya producido daño reclamando respectivamente el daño sufrido en su territorio. Este objetivo queda vacío -o sin efecto- en el momento que aun habiendo elegido el lugar del acto causal se le obliga a ese tribunal a fragmentar, respecto de cada uno de los daños sufridos, la ley aplicable al fondo. De tal forma que, en la práctica, para la parte perjudicada el ejercicio de la acción para la protección de sus intereses se ve potencialmente encarecido en la medida que sea más o menos un sujeto conocido y la información lesiva haya tenido más o menos difusión. Ante este panorama resultaría más lógico -y razonable- que el tribunal al que se le reconoce competencia judicial internacional para conocer de la totalidad de los daños sufridos (con independencia de donde se produce la materialización de los mismos) por ser el *lugar* de origen, en el mismo sentido -por esa misma *ratio*- se le permita la aplicación de la *lex delicti*, es decir, la ley del foro, evitándose de esta forma la multiplicidad de leyes de aplicación.

A) Daños ocasionados a distancia: Internet y medios de comunicación globales

96. La concreción del punto de conexión del 10.9 Cc -como ya se ha expuesto- plantea especiales problemas cuando se trata de supuestos en los que la lesión a los derechos de la personalidad se deriva de la publicación y difusión de contenidos lesivos en medios de comunicación transfronterizos y, en particular, en Internet (por su alcance global de difusión). En consecuencia, en este contexto se hace necesario precisar qué se entiende por lugar donde se ha vulnerado el derecho de la personalidad en cuestión a los efectos de aplicar el 10.9. El problema de concreción de este criterio tradicional de conexión en el medio virtual no es exclusivo del sistema español sino que en la generalidad de sistemas de DIPr de fuente autónoma para la localización de la *lex delicti* se opta por este criterio clásico (lo que plantea problemas de aplicación en un medio como Internet)¹⁴⁸⁸. Este criterio se interpreta de manera muy distinta según el tribunal

¹⁴⁸⁸ Vid. M. R., Burnstein, "Conflicts on the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace", *Vand. J.T.L.*, núm. 29, 1996, pp. 75-110; *id.* "A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment", en K. Boele-Woelki, C. Kessedjian (Eds), *Internet, Which Court decides...*, *ob. cit.*, pp.

que conozca, y esto condiciona el Derecho aplicable al litigio, por lo que se justifica que se busque una respuesta adecuada al medio. La respuesta a esta cuestión no es unánime, estando la doctrina internacional dividida en sus posturas. Las diferentes tesis planteadas pueden sintetizarse en las siguientes:

1º) La teoría más clásica supone considerar que el *locus delicti* designa tanto el lugar donde se verifica el hecho causal (donde se cuelga la información o publica) como aquél donde se produce el daño (esto es, donde se difunde la información lesiva)¹⁴⁸⁹. Cualquiera de estos lugares resulta al mismo nivel de aplicación al supuesto, por lo que la víctima podría elegir entre ambas leyes¹⁴⁹⁰. Ahora bien, esta postura tampoco está exenta de problemas. Por un lado, puede resultar simplista en aquellos supuestos en los que el acto causal puede ser considerado, en si mismo, como resultado lesivo. Por otro lado, la opción de elección del Derecho de la víctima se determina automáticamente, sin tener en cuenta los distintos casos y circunstancias en los que puede producirse el daño, configurando como regla general la postura preeminente de la víctima en todos los casos sobre el posible responsable. Por último, la operación de concreción del Derecho aplicable al litigio se complica ya desde el inicio, puesto que no permite al que puede resultar demandado conocer *a priori* cuál es el ordenamiento por el que tendrá que responder. No obstante, esta última cuestión puede superarse mediante la inserción de una cláusula que condicione la aplicación de cualquiera de estas leyes, entre las que puede optar la víctima, a su previsibilidad efectiva por el agente causante del daño¹⁴⁹¹.

23-34.

¹⁴⁸⁹ Interpretando este criterio de manera, más o menos paralela, a cómo lo ha hecho el TJUE en el sector de competencia judicial internacional permitiendo al presunto perjudicado elegir entre ambos (art. 5.3 RBI)

¹⁴⁹⁰ Vid. P. A. de Miguel Asensio, *Derecho Privado...*, *ob. cit.*, pp. 197-205, en esp. pp. 201-204, y toda la doctrina alemana en él referida.

¹⁴⁹¹ Lo que podría denominarse cláusulas de previsibilidad. Como por ejemplo así sucede en el art. 139 de la Ley Federal Suiza de DIPr de 1987. Art. 139.1º: “*Lesione Della personalità: Le pretese derivanti da una lesione arrecata alla personalit tramite i mezzi di comunicazione sociale, segúnatamente tramite la stampa, la radio, la televisione o altri mezzi di pubblica informazione, sono regolate, a scelta del danneggiato: a. dal diritto dello Stato di dimora abituale del danneggiato, semprech l’autore della lesione dovesse presumere che l’effetto si sarebbe prodotto in questo Stato; b. dal diritto dello Stato della stabile organizzazione o Della dimora abituale dell’autore della lesione o c. dal diritto dello Stato in cui l’atto lesivo esplica effetto, semprech l’autore dovesse presumere che l’effetto si sarebbe prodotto in questo Stato.* 2 *Il diritto di risposta nei confronti dei mezzi di comunicazione sociale periodici regolato*

2º) Otra de las posturas que se ha manejado consiste en identificar el lugar del daño con el lugar donde se encuentra el “medio social” de la víctima, que en términos generales se identificaría con el lugar de su domicilio o residencia habitual. Esta tendencia ha sido acogida no por pocos autores, si bien algunos con ciertas variantes¹⁴⁹². La utilización de la conexión lugar del domicilio/residencia habitual de la víctima, como única conlleva una gran ventaja: la aplicación de una única ley a este tipo de litigios.

Esta aproximación no es desconocida en el contexto europeo, pues precisamente esta tendencia fue la que en un primer momento se siguió en la Propuesta de Convenio europeo sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales de septiembre de 1998¹⁴⁹³, si bien actualmente no tiene reflejo en la normativa comunitaria, dada la

esclusivamente dal diritto dello Stato in cui apparsa la pubblicazione o stata diffusa l'emissione radiofonica o televisiva. 3 Il capoverso 1 si applica anche alle pretese per lesione della personalità risultante da un trattamento di dati personali come pure per pregiudizio arrecato al diritto d'accesso ai dati personali.”

¹⁴⁹² Varios autores han optado por esta postura desde el principio. Entre otros puede verse., H. Gaudemet-Tallon, “Nota a la Sentencia TGI de París (3e Ch.), de 23 junio 1976”, *Aga Khan vs. Soc. Axel Springer et al.*, *Rev.cr.dr.int.pr.*, 1978-1, pp. 132-140, en esp. pp. 136-140; *id.*, Notas a la Sentencia TGI de París (1er Ch., 1er Sect.) de 29 septiembre de 1982, *Romy Schneider s. Les Editions Heinrich Bauer Verlag*, y Sentencia TGI de París (1er Ch., 1er Sect.) de 27 de abril de 1983, (asunto *Carolina de Monaco c. Société Burda GmbH*); *loc. cit.*, pp. 671-674; *id.* Nota a las Sentencias de la Court d’appel de Paris (1er Ch., Sect. A) de 19 de marzo de 1984, *S.A.R. La Duchesse de Windsor vs. Sánchez Gómez*, y del TGI de París de 30 de junio de 1984, *Rev.cr.dr.int.pr.* 1985-1, pp. 141-150, en esp. pp. 141-146; P. Bourel, “Du rattachement...”, *loc. cit.*, pp. 338 y 397; Nota a la Sentencia de la *Cour de Cassation h. civ.*) de 13 de abril de 1988, asunto *Soc. Jours de France vs. Farah Diba*, *Rev.cr.dr.int.pr.*, 1988- 3, pp. 546-554. En términos similares pero con variaciones, puede verse P. Kayser, *La protección de la vie...*, *ob. cit.*, p. 339, que sostiene que el derecho a la intimidad debe regirse por la ley del lugar donde se produce su vulneración, mientras que la responsabilidad civil derivada de su vulneración debe regirse por la ley del lugar donde se ha producido el perjuicio para la víctima, es decir, con el lugar de su residencia habitual. Otra variante para el supuesto particular de los daños infringidos a través de Internet puede verse en M. Dogauchi, “Law Applicable to Torts and Copyright Infringements through the Internet”, en J. Basedow, T. Kono, *Legal Aspects of Globalization*, The Hague-London-Boston, 2000, pp.49-65, en esp. pp. 54-56. Donde sostiene el autor, como regla general, el criterio del lugar de residencia habitual de la víctima salvo que éste pueda demostrar que hubiera sufrido daños en otros países, en cuyo supuesto se aplicará a tales daños la ley del país en cuestión. Esta aproximación desde el punto de vista del principio de proximidad parece adecuada.

¹⁴⁹³ Cuyo texto podía verse en *Rev.cr.dr.int.pr.*, 1998, pp. 802-807.

exclusión expresa en el vigente RRII de la responsabilidad derivada de las lesiones a estos derechos de la personalidad¹⁴⁹⁴.

3º) Otra aproximación por la que se ha abogado por cierta doctrina es la de identificar el *locus delicti* con el lugar de origen, esto es, donde tuvo lugar el acto causal. Esta tesis conlleva una gran previsibilidad para el potencial responsable, que fácilmente podrá identificar el Derecho que va a regir su responsabilidad: la ley del país donde ha realizado el acto ilícito con independencia del lugar/es donde se produzcan finalmente los resultados lesivos (efectos). Ahora bien, no cumple con la previsibilidad debida para el perjudicado a la hora de poder concretar el Derecho aplicable a su reclamación, pues en este caso deber indagar sobre el lugar donde efectivamente el agente responsable realizó el acto causante y no donde efectivamente él sufrió el perjuicio¹⁴⁹⁵ –supondría aplicar el criterio Estado de origen a un ámbito, el extracontractual, al que no resulta adecuado¹⁴⁹⁶–.

4º) En contraposición con la anterior tendencia, otro sector identifica el *locus delicti* con el lugar donde se materializa el daño efectivamente (lugar de resultado). Fundamentalmente se apoyan en la función más generalizada que las normas de responsabilidad civil cumplen: la de reparación a la víctima¹⁴⁹⁷. En este sentido, la

¹⁴⁹⁴ En cualquier caso, ha de recordarse que en la tramitación legislativa del RRII esta posibilidad no fue descartada en un primer momento.

¹⁴⁹⁵ En este sentido se ha llegado a decir que esta tesis olvida la función institucional de las normas sobre los derechos de la personalidad (cf. A.L Clavo Caravaca, J. Carrascosa González, *Conflictos de leyes...*, ob. cit., p. 141).

¹⁴⁹⁶ Cf., M. Requejo, *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, Santiago de Compostela, 2006, p. 156.

¹⁴⁹⁷ El art. 10:101 (Naturaleza y objeto de la indemnización) de los Principios de Derecho europeo de la Responsabilidad Civil (del *European Group on Tort Law*) establece que: “La indemnización es un pago en dinero para compensar a la víctima (...)”. En lo que refiere al tratamiento de esta cuestión en estos Principios véase Magnus, “Naturaleza y objeto de la indemnización”, en Título VI: Remedios, en M. Martín-Casals (Coord.), *Principios de Derecho europeo de la Responsabilidad Civil*, Navarra, 2008, pp. 201-206. Sobre la función de las normas sobre responsabilidad extracontractual en general, A. Weill, “Un cas épineux de competente législative en matière de responsabilité et du lieu du préjudice”, *Mélanges offerts à J. Maury, Droit international privé et public*, París, Dalloz, Faculté de Droit et Sciences Economiques de Toulouse, 1960, pp. 544-561; A. E. von Overbeck, “Les règles de la loi fédérales suisse sur le droit international privé (LDIP) en matière d’actes illicites”, *La responsabilidad*

aplicación de la ley del lugar del daño -que generalmente va a coincidir con el lugar de residencia habitual o domicilio del perjudicado por ser donde el interés protegido/lesionado concurre normalmente-, casa perfectamente con la función de reparación al perjudicado. Además, desde un punto de vista probatorio es más sencillo localizar el lugar del daño -pues es donde se exterioriza el perjuicio- que el lugar de origen.

5º) Por último, la doctrina norteamericana se distancia de la europea en cuanto que desde ya hace tiempo vienen proponiendo la sustitución de la regla *lex loci delicti* por la aplicación de la *proper law of tort (Proper Law Approach)*¹⁴⁹⁸. Esta solución no tiene cabida dentro del DIPr español, ni en el DIPr comunitario para esta materia (dado que el RRII, que aunque también se basa en la regla tradicional *Lex loci delicti commissi* recoge siempre la posibilidad de acudir a una ley distinta cuando existan vínculos más estrechos que así lo aconsejen, no es de aplicación para los litigios sobre derechos de la personalidad). No obstante, el tribunal del foro aun cuando no está previsto en su sistema de DIPr podrá quizá tener en consideración esta aproximación cuando en el supuesto concreto la aplicación de esta regla conduzca a resultados imprevisibles o absurdos.

97. En conclusión, los problemas interpretativos –y consecuentes inseguridades jurídicas- derivados de la utilización del criterio de ley aplicable “lugar del daño” en el contexto virtual, no son exclusivos del sistema español, sino que son comunes para todos aquellos sistemas de DIPr que han optado por este tipo de aproximación para localizar la ley aplicable al estatuto delictual¹⁴⁹⁹. La distinta práctica jurisprudencial

internacional. Aspectos de Derecho internacional público y Derecho internacional privado, AEPDIRI, Alicante, 1990, pp. 487-503.

¹⁴⁹⁸ Véanse, entre otros, H. Kronke, “Applicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace”, en K. Boele-Woelki, C. Kessedjian (Eds), *Internet, Which Court decides?...*, *ob. cit.*, pp. 65-86, en esp. pp. 68-70.

¹⁴⁹⁹ Esta aproximación es muy común dentro de los sistemas de DIPr de fuente interna de los 27 Estados miembros de la UE; lo que justifica (además de por otros elementos condicionantes –como son la unificación en la materia de las reglas de CJI, que exige una necesaria coordinación entre estos ámbitos dentro del territorio comunitario; o la divergencia sustantiva de la materia en los Derechos nacionales de los 27), la necesaria armonización de soluciones de ley aplicable en la materia en todos los ámbitos –pero fundamentalmente, en el *online*-.

nacional da muestra de ello. En este sentido, resulta fundamental la sentencia dictada por el TS canadiense en el asunto *Gutnick*. El alto tribunal concretó que el lugar donde el daño es cometido -en supuestos de difamación en Internet - es donde el material difamante es descargado (*downloaded*) en el ordenador de una persona –en vez del lugar donde el material lesivo es colgado-. Esta tesis plantea no pocos problemas prácticos a la hora de determinar por el foro el Derecho aplicable al litigio, por la pluralidad de Estados desde los que puede descargarse ese contenido difamante –potencialmente desde cualquier país del mundo-, sin que se exija ningún otro requisito de conexión del litigio con el ordenamiento jurídico del lugar de descarga¹⁵⁰⁰. Aunque esta postura no es nueva, pues recuerda a la doctrina establecida recientemente por el TJUE en el asunto *eDate advertising*, donde se concreta el criterio de competencia judicial internacional “lugar del daño” del art. 5.3 RBI, cuando se alegue una lesión de los derechos de la personalidad mediante contenido publicado en un sitio de Internet en: “cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en Internet sea, o haya sido accesible” (§52 y nº 1 del fallo) –aunque con competencia limitada a los daños sufridos exclusivamente en esa jurisdicción-.

B) Posibles soluciones interpretativas

98. De las distintas posturas expuestas la que goza de mayor aceptación es la tesis tradicional de la opción de ley aplicable por el perjudicado. Esta aproximación se traduce en que la víctima pueda elegir entre la aplicación de la ley del país de origen: donde se produce el hecho causal (que en caso de la utilización de Internet será allí donde se introdujo o colgó el material potencialmente lesivo), y la aplicación de la ley

¹⁵⁰⁰ Esta postura fue muy criticada por los importantes problemas de Derecho aplicable que esta solución supone. *Vid.*, Shawn A. Bone, “Private Harms in the Cyber-World: The Conundrum of Choice of Law for Defamation Posed by *Gutnick v. Dow Jones & (and) Co.* (Comments)”, *Wash. L. R.*, Vol. 62, Issue 1 (Winter 2005), pp. 279-338, que lo calificó como un verdadero rompecabezas para el foro. Y anteriormente, G. Ky Chan y M. Hor, “Internet Defamation and Choice of Law in *Dow Jones & Company Inc. v. Gutnick*”, *SJLS*, 2003, pp. 438-518, donde se analiza el caso de manera comparativa a la luz de los Derechos de difamación estadounidense y australiano -en particular en lo que respecta al significado del concepto “publicación”-. Ante la disparidad de soluciones en función de la aplicación de uno u otro ordenamiento, se concluye la necesidad de arbitrar una reforma legal específica para los supuestos de Internet, en particular sobre la solución de ley aplicable que resulte más adecuada al medio virtual.

del país donde ese material se haya difundido -como lugar del daño o Estado de destino-. Son varios los argumentos que pueden referirse para fundamentar la adecuación de esta tesis a este tipo de litigios en relación con las demás opciones:

1º) La regla general contenida en el art. 10.9 Cc debe considerarse como un principio básico de reglamentación que debe concretarse para cada sector extracontractual ante el que se encuentre el tribunal del foro. Esto se traduce en que la tesis de la opción por el perjudicado del Derecho aplicable (entre la del lugar de origen y del lugar de resultado) no debiera ser admisible para todos los sectores de responsabilidad extracontractual, sino que únicamente en aquellos supuestos en los que la víctima requiera de una especial protección¹⁵⁰¹, como es el caso de los derechos constitucionales de la personalidad.

2º) La propia Constitución española reconoce el carácter esencial de estos derechos y la protección especial de sus titulares ante su vulneración. En consecuencia, la postura que ofrezca una mayor protección a la víctima parecería la más adecuada y, en este sentido, la norma contenida en el art. 10.9 I Cc puede considerarse como una norma de conflicto materialmente orientada a la protección de los derechos de la personalidad¹⁵⁰².

3º) Cuando la lesión de los derechos de la personalidad se lleva a cabo a través de una cadena de ilícitos, esto es, cuando tanto el acto causal como el resultado dañoso constituyen en si mismos ilícitos, algunos sostienen que parece que no sería adecuado que operara la *optio legis* para la víctima. Traducido esto a la lesión de estos derechos utilizando Internet, sería el caso de que la propia introducción del material en la red constituya un ilícito en si -por ejemplo, la introducción de ciertas fotos comprometidas en Internet-, en cuyo caso sus consecuencias deberían reglamentarse por la Ley del país donde se colgaron las imágenes (*Lex loci delicti commissi*). Si el resultado dañoso constituye en si mismo otro ilícito, se regularían por la Ley del país donde se difundió el

¹⁵⁰¹ En esta línea, vide, J. C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, ob. cit., 6ª ed. 2011, p. 568. F. J. Garcimartín Alférez, “La unificación del Derecho conflictual...”, loc. cit.; id,” Un apunte sobre la llamada “regla general” en el Reglamento Roma II”, *AEDIPr.*, t. VII, 2007, pp. 241-250; M. Virgós Soriano, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal (un análisis del art. 4 de la Ley española de competencia desleal de 1991)*, Madrid, 1993, pp. 98-99.

¹⁵⁰² Vid. F. Dessemontet, “Internet, les droits...”, loc. cit. , pp. 75-102.

contenido¹⁵⁰³. Esta tesis aunque parece sencilla no es lo tanto en la práctica, pues presenta un claro inconveniente para que opere. Para poder saber si el acto causal constituye o no un ilícito en sí mismo es necesario aplicar un Derecho nacional concreto para calificar, y en virtud del principio de calificación *ex lege fori*, será el Derecho del foro el que opere en este sentido. Esto conduciría a distintas soluciones -potencialmente encontradas- dependiendo del foro donde se litigue. No obstante, por lo general, la doctrina mayoritaria concibe la responsabilidad extracontractual como un daño o ilícito único y, en consecuencia, su ley aplicable regula todos y cada uno de los actos que los componen¹⁵⁰⁴.

99. La concreción del lugar de origen y el de resultado cuando interviene en la comisión del ilícito el medio virtual no resulta sencillo¹⁵⁰⁵. Precisar el lugar concreto de introducción del material lesivo en Internet puede en ocasiones resultar imposible. En estos supuestos, para que no se elimine la posibilidad real de elección de la víctima de la regla del 10.9 I Cc. (como una herramienta de protección por esa orientación material en su aplicación), cabría presumir que, sólo en aquellos casos en los que fuera imposible demostrar cuál es el lugar donde se colgó la información (origen), ese lugar sería el país en el que se encuentra la sede o residencia habitual de la persona potencialmente responsable del ilícito contra los derechos de la personalidad¹⁵⁰⁶. Sin que el lugar donde se encuentra ubicado el servidor donde se aloja la información sea relevante a estos efectos. Ahora bien, cuestión distinta son los supuestos en los que el sujeto responsable es desconocido -por ejemplo, cuando la información colgada en la *web* es anónima- en estos casos (salvo hipotética responsabilidad de algún prestador de servicios de la sociedad de la información) la única opción con la que cuenta el perjudicado es el ejercicio de una eventual acción cesatoria dirigida al prestador de servicios correspondiente (para la retirada de los contenidos). El tratamiento conjunto de la acción resarcitoria y cesatoria en el sistema español (lo mismo que ocurre en el sistema RBI y en el RRII, ante su previsible aplicación futura), eliminaría en la práctica la posibilidad del perjudicado de elegir aplicar la ley del Estado de origen -salvo que éste

¹⁵⁰³ Vid. B. Audit, *Droit international...*, *ob. cit.*, pp. 525-530.

¹⁵⁰⁴ Vid. M. Dogauchi, "Law Applicable to Torts...", *loc. cit.*, p. 59.

¹⁵⁰⁵ Como ya quedó de manifiesto al analizar el *locus delicti commissi* como criterio de competencia judicial internacional en el Capítulo III.

¹⁵⁰⁶ Cf. P.A. de Miguel Asensio, *Derecho Privado...*, *ob. cit.*, p. 202.

se identificara con el del servidor donde se aloja la información-. No obstante, y en cualquier caso, cuando se trate de prestadores de servicios de la sociedad de la información que desarrollen sus actividades dentro de la UE su régimen de responsabilidad -y consecuente obligación de retirada de contenidos- será el derivado de la DCE/LSSI.

100. En lo que respecta a determinación del lugar de resultado, la concreción en un único Estado del *locus damni* en Internet -como lugar de difusión de la información potencialmente lesiva- es una operación complicada. En principio, toda información que se cuelga en la red puede tener difusión en todo el mundo a través de las distintas herramientas y servicios *online* (*chats, blogs, páginas web, etc.*), lo que absurdamente supondría aplicar potencialmente todas las leyes del mundo. Por lo tanto, en este contexto se debe imponer reducciones al respecto.

En primer lugar, cabría precisar cuándo debe calificarse un lugar como el lugar del resultado lesivo. No por el simple hecho de que la información sea accesible desde un país le convierte en lugar del daño. Es necesario que exista una conexión mínima entre ese país y la conducta presuntamente lesiva (en los mismos términos que se expusieron al tratar la utilización de este criterio para concretar la competencia judicial internacional). Y eso es así porque en caso contrario no se cumpliría con el principio esencial de seguridad jurídica en DIPr. En particular, cuando se trata de derechos de la personalidad es imprescindible que en ese país de difusión concurren los intereses presuntamente lesionados, es decir, que en aquél país el titular del derecho fuera conocido (para el caso específico de un supuesto de difamación allí donde el perjudicado tenga su buen nombre, su consideración, etc.). No sería posible, entonces, que el perjudicado pudiera reclamar la aplicación de la ley de un país donde no fuera conocido aunque la información se haya difundido en aquél y le sea más favorable.

En segundo lugar, cabría establecer una presunción (desvirtuable en cualquier momento) de que en este sentido existe una importante conexión con el lugar de residencia habitual del titular del sujeto presuntamente perjudicado, al ser su centro social de vida. De esta manera se cumple completamente con el principio de proximidad al ser este lugar el más próximo con el litigio. De tal forma que si se distribuye la información en el país del domicilio/residencia de la víctima, además de en otros países,

el perjudicado podría elegir que se aplicara a la totalidad de los daños sufridos a sus derechos de la personalidad el ordenamiento de su residencia habitual¹⁵⁰⁷.

En tercer lugar, es posible que no coincida en lugar donde el titular de los derechos tenga sus principales intereses con el lugar de su residencia habitual; por ejemplo cuando no es conocida -o es menos conocida- la persona en el lugar de su residencia que en otro país (v. gr. porque ha elegido su residencia por motivos fiscales). En estos casos, el titular podría optar por la aplicación de la ley del país en el que concurren sus principales intereses en lugar de la Ley de su residencia habitual. Se trata de aplicar la Ley del país donde se hayan producido los efectos más relevantes del ilícito por ser el de mayor proximidad¹⁵⁰⁸.

En cuarto lugar, pueden plantearse supuestos en los que el resultado lesivo se materialice en varios países al mismo tiempo sin que ninguno de ellos sea el de residencia habitual del sujeto perjudicado. En tales casos no resultaría posible establecer una mayor conexión con un país en concreto. En esta circunstancia, cabría imponerse la aplicación distributiva de las distintas leyes nacionales en presencia, de forma que se aplicara a cada daño la ley del país donde se sufrió o materializó (pues este sentido es el que reclama la necesaria previsibilidad de la Ley aplicable al litigio y la seguridad jurídica). Ahora bien, esto no significaría que se aplicasen eventualmente todas las leyes del mundo, pues únicamente resultarían de aplicación los ordenamientos de aquellos países donde el sujeto sea conocido, pues allí tendrá cierta reputación y, en consecuencia, es donde pueden sufrir daños sus derechos de la personalidad.

101. En definitiva, ante supuestos complejos, habría que analizar cada una de las circunstancias que concurren para concretar las opciones con las que la víctima cuenta en cuanto a la Ley aplicable a su reclamación, en virtud del art. 10.9 I Cc. En este sentido, la manera en que se ha difundido la información controvertida es un hecho al que debe prestarse mucha atención en este análisis. El medio utilizado para la publicación y difusión de los contenidos lesivos va condicionar la concreción de los posibles lugares de origen y de resultado, en definitiva, la posible existencia de una

¹⁵⁰⁷ De esta forma se adoptaría parcialmente la postura, ya referida, mantenida por ciertos autores como P. Bourel (*loc. cit.*) y H. Gaudemet-Tallon (*loc. cit.*).

¹⁵⁰⁸ Vid. M. Dogauchi, "Law Applicable to Torts...", *loc. cit.*

verdadera opción de elección de Derecho aplicable para la víctima: entre la ley del país del resultado dañoso y la ley de origen, por la totalidad de los daños sufridos. La ley del resultado generalmente coincidirá con la residencia habitual de la víctima, salvo que el sujeto fuera poco o nada conocido en el país de su residencia habitual pero sí en un tercer país, en cuyo caso, después de probarlo, el perjudicado podría optar entre la ley de origen y la ley de ese tercer país donde concurren sus intereses. Para el supuesto particular en el que el perjudicado fuera conocido en varios países distintos del lugar de residencia habitual, procedería la aplicación distributiva de ambas leyes (como lugar de resultado), pero nunca correspondería aplicar la ley de un país donde la información se haya distribuido pero no fuera conocido el sujeto.

En cualquier caso, este precepto debe necesariamente coordinarse con el RBI - toda vez que esta materia no está excluida-. En este sentido, la interpretación del criterio de conexión del art. 10.9 Cc como que designa tanto el lugar de origen y como lugar de resultado, obedecería a la distinción que en este sentido ha sido establecida por la doctrina del TJUE para la aplicación del art. 5.3 RBI (con distinto alcance de la competencia). Desde esta perspectiva, si los tribunales españoles conocen de la demanda como lugar de resultado (*locus damni*) -que según la sentencia *eDate* es posible por el mero hecho de que el contenido lesivo colgado en Internet fuera accesible desde la jurisdicción española-, como esa competencia reconocida es limitada exclusivamente a los daños sufridos en su jurisdicción, la ley que debería resultar aplicable tendría que ser la del foro -como lugar de resultado, en aplicación del 10.9 I Cc-; no tendría sentido que la víctima optase por la aplicación de la ley del Estado de origen (donde se colgó el material lesivo) para resolver exclusivamente sobre los daños locales. Si por el contrario España fuera competente como lugar de origen (establecimiento del editor/emisor de contenidos o bien por ser el centro de intereses de la víctima) con competencia universal para conocer de toda la responsabilidad derivada de la totalidad de los daños sufridos, la situación cambia. En estos casos, si el perjudicado optase por aplicar el Derecho de lugar de resultado -interpretado como el lugar donde se difundió el contenido y es conocido el sujeto y no coincide con su residencia habitual- supondría eventualmente una fragmentación de leyes aplicables (ya que las otras posibles interpretaciones propuestas del lugar de resultado para Internet del 10.9 CC, corresponderían con lo que se ha interpretado en *eDate* como lugar de centro de intereses con competencia ilimitada por ser lugar de origen). En definitiva, en estos

casos si España fuera competente como lugar de origen -en base al art. 5.3 RBI según se interpreta en *eDate Advertising*-, lo más lógico es que igualmente se aplicara la *lex fori* para resolver sobre la totalidad de los daños. De todo ello se deriva, que en la práctica se hace absolutamente necesario coordinar al interpretación de los conceptos comunes del sistema de DIPr comunitario de competencia judicial internacional y el sistema de DIPr de fuente interna del 10.9 de ley aplicable (como es el criterio *locus delicti*).

V. Orden público y normas internacionalmente imperativas

1) La excepción de orden público nacional e internacional en los daños a la personalidad

102. La mayoría de las cuestiones que caen dentro del ámbito o alcance de la ley aplicable a la obligación derivada del daño a los derechos de la personalidad, forman parte del contenido esencial del derecho fundamental en cuestión. En consecuencia, podrán verse afectadas todas ellas por la manera en la que estén reglamentadas en el foro. Así, el diseño de estos derechos en el ordenamiento del foro afecta a la legitimación activa: quién puede reclamar la reparación del daño (lo que coincide con la titularidad del derecho); a la legitimación pasiva, esto es, cuál es el fundamento y el alcance de la responsabilidad, los posibles responsables en caso de violación del derecho, limitación y reparto de la responsabilidad (solidaria, mancomunada, subsidiaria, etc.), las causas de exoneración de la responsabilidad, la propia existencia del ilícito: en función de la relación de estos derechos de la personalidad con otras libertades fundamentales (esto es, el alcance del derecho), los remedios o acciones ejercitables frente al presunto ilícito (prevención, cese y reparación del daño). Es más, aunque las distintas cuestiones que pueden plantearse en un litigio por la intromisión ilegítima de alguno de los derechos de la personalidad sean reglamentadas por distintas Leyes¹⁵⁰⁹ -en función de las normas de DIPr del foro-, la *Lex fori* (o el estándar mínimo internacional y/o comunitario¹⁵¹⁰) siempre tendrá la posibilidad de incidir en la concreción de ese Derecho material aplicable en cada una de esas cuestiones como correctivo *ex post* al funcionamiento de la norma conflictual, cuando resulte justificado. Ahora bien, las meras divergencias entre los Derechos materiales no son determinantes

¹⁵⁰⁹ *Vid. supra*, apartado III, Ámbito de la Ley delictual aplicable: Cuestiones incluidas.

¹⁵¹⁰ En función de la aplicación y el alcance del CEDH y al CDFUE.

para que opere el orden público, ya que éste es un recurso de carácter excepcional -pues es una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto-. En este sentido, ha de interpretarse de manera restrictiva, de tal forma que sólo podrá impedirse la aplicación del Derecho material extranjero cuando sea absolutamente incompatible con los principios y valores esenciales del ordenamiento jurídico del foro.

103. Todos los Estados miembros coinciden en la incorporación de la excepción del orden público en sus ordenamientos jurídicos internos¹⁵¹¹. De tal manera que cuando la Ley extranjera aplicable al supuesto litigioso -concretada por la norma de conflicto autónoma- sea contraria al orden público del Estado de la autoridad jurisdiccional que debe aplicarla, el correctivo del orden público internacional supondrá la inaplicación de aquél Derecho¹⁵¹². Por lo tanto, la función que la excepción del orden público internacional cumple es la de salvaguardar los intereses especiales de los sistemas jurídicos nacionales que pueden ser lesionados en caso de aplicación de un ordenamiento extranjero. En el ámbito específico de los daños a los derechos de la personalidad por medios de comunicación, en los que es necesario un equilibrio entre los intereses en presencia –de dos derechos fundamentales: la protección de la vida privada y la protección de la libertad de expresión¹⁵¹³- la cláusula general del orden público podría actuar cuando la aplicación del Derecho extranjero conllevara la violación manifiesta de las garantías constitucionales previstas en el foro bien para la protección de los derechos de la personalidad bien para la protección de la libertad de expresión¹⁵¹⁴. Sin embargo, dentro del marco europeo la operatividad de esta cláusula es prácticamente marginal –pues difícilmente se va a utilizar por los tribunales de un Estado miembro para impedir la aplicación del Derecho de otro Estado miembro¹⁵¹⁵-. Pero, aunque limitada su operatividad, no es imposible. Pues a pesar de los instrumentos

¹⁵¹¹ En relación con la excepción del orden público en el ámbito de las obligaciones extracontractuales en el Derecho europeo comparado, *vid.* T. Kadner Graziano, *La responsabilité...*, *ob.cit.*, pp. 119-122.

¹⁵¹² Como así se establece en el Derecho español en el art. 12.3 Cc: “*En ningún caso tendrá aplicación la Ley extranjera cuando resulte contraria al orden público*”.

¹⁵¹³ Ambas en el sentido más amplio de la noción.

¹⁵¹⁴ Desde la perspectiva del sistema italiano véase F. Pocar, (et all), *Commentario del nuovo...*, *ob. cit.*, pp. 131 y ss.

¹⁵¹⁵ No solo por la tradición constitucional común de muchos de estos Estados sino también –y en particular-, por instrumentos internacionales comunes como el CEDH y la CDFUE.

internacionales comunes entre los Estados miembros en la materia –lo que ha supuesto cierta aproximación de las legislaciones nacionales en la reglamentación de los derechos fundamentales en presencia¹⁵¹⁶-, siguen existiendo diferencias en cuanto a la adaptación concreta de la libertad de prensa.

Los ámbitos en los que el orden público puede manifestarse en relación con este tipo de litigios pueden concretarse en dos: a) en relación con su reconocimiento y garantía como derechos fundamentales -derivada del tratamiento constitucional de estos derechos- y b) el tratamiento jurídico de la responsabilidad extracontractual derivada del ilícito, con especial referencia a la proporcionalidad de los importes de la sanción. Es precisamente esta distinción de la que se parte en los siguientes apartados para analizar esta cuestión.

A) Su incidencia como derechos fundamentales

104. La garantía en la tutela de los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen, como derechos fundamentales podría realizarse por el foro de dos maneras: o bien estableciendo normas de aplicación inmediata e imperativa, que va a suponer su aplicación de manera directa a todas las situaciones, incluyendo aquellas en las están en conexión otros ordenamientos jurídicos -situaciones internacionales-¹⁵¹⁷, o bien a través del recurso al orden público internacional. La aplicación de uno u otro mecanismo conduce a un resultado equivalente¹⁵¹⁸. En esta ocasión, va a referirse cómo incide la reglamentación constitucional como derechos fundamentales en el posible recurso al orden público por el foro.

105. En primer lugar, para poder determinar cómo y cuándo el tribunal del foro va a poder acogerse a la cláusula general del orden público en este tipo de litigios por esta razón, es necesario tener en consideración las características que presenta esta institución. En este sentido resulta esencial el carácter excepcional que presenta el orden público internacional en el ámbito del DIPr¹⁵¹⁹. Esto conduce necesariamente a que su

¹⁵¹⁶ En particular en el régimen de la libertad de prensa en los Estados miembros.

¹⁵¹⁷ Esto es, normas imperativas de DIPr.

¹⁵¹⁸ Véase la aproximación comparativa de estos dos mecanismos en E. Dias Oliveira, *Da responsabilidade Civil ... ob. cit.*, pp. 605 y ss.

¹⁵¹⁹ Sobre las notas de relatividad, nacionalidad, temporalidad, excepcionalidad e imprecisión

utilización debe ser limitada, pues en caso contrario habría una tendencia generalizada a aplicar por el foro su propio Derecho. En la actualidad existe unanimidad en cuanto a que se utiliza una concepción restrictiva del orden público. Esta tendencia se ve claramente en los instrumentos internacionales y comunitarios en los que generalmente esta restricción se deriva de la formulación de la cláusula "manifiestamente incompatible"¹⁵²⁰. Ahora bien, como en esta materia no existe texto convencional aplicable o norma institucional -al estar excluida del ámbito de aplicación del RRII- y la solución de Ley aplicable ha de buscarse en el sistema nacional de DIPr del foro, habrá igualmente que estar a la reglamentación que cada sistema haga de esta institución. En el caso de España es el art. 12.3 CC el que reglamenta la cuestión, y su formulación es más radical ("*cuando resulte contraria al Orden Público*"). Se prescinde de la fórmula "manifiestamente contrario", lo que daría pie a una posible interpretación más amplia y menos restrictiva de los tribunales españoles¹⁵²¹.

Con el objeto de determinar lo que es contrario al orden público -o manifiestamente contrario- es necesario delimitar aquello que integra el orden público. Con esta noción se hace referencia a los "principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro". En consecuencia, el orden público es relativo ya que va depender de la realidad social y jurídica del Estado de referencia en ese momento temporal. En España estos principios estarán integrados básicamente por aquellos que emanan de la Constitución (aunque también hay ciertas normas de ordenación de tipo económico, que para el caso no resultan relevantes), y los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen están consagrados en la CE en su art. 18. En consecuencia, es posible concluir que su tutela forma parte de esos principios fundamentales y, por ende, del orden público¹⁵²². No obstante, como ya se anticipó, el

que se proclaman por la generalidad de la doctrina en relación con el orden público internacional en el DIPr. Vid. E. Dias Oliveira, *Da responsabilidade Civil ... ob. cit.*, pp. 623-625.

¹⁵²⁰ Véase en este sentido el art. 26 RRII; y lo referido en cuanto al orden público como motivo de denegación del reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras en el sistema RBI en el Cap. IV.

¹⁵²¹ Vid. J. C. Fernández Rozas, "Artículo 12.3º del Código civil: orden público" (en colaboración con J.D. González Campos), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo I, vol. 2º (M. Albaladejo y S. Díez Alabart, directores), Madrid, 1995, pp. 894-926.

¹⁵²² Lo que es predicable respecto de todos los ordenamientos jurídicos en relación con aquellos derechos que reconoce como fundamentales. Vid. E. Dias Oliveira, *Da responsabilidade Civil ...*

contenido de estos derechos -y por lo tanto el alcance de su tutela- va a depender del momento social e histórico de que se trate -además del propio comportamiento del sujeto, por lo que habrá que analizar cada caso concreto-. Además, típicamente en estos litigios estos derechos van a entrar en colisión con otros derechos igualmente fundamentales: la libertad de expresión e información, con lo que también habrá que tomar en consideración la reglamentación que de estos derechos fundamentales se hace en el Derecho extranjero aplicable -en relación con los derechos de la personalidad lesionados- para determinar su compatibilidad con el orden público.

106. Como cada ordenamiento jurídico nacional reglamenta -de conformidad con sus propios principios y valores-, los derechos referidos a la personalidad y su relación con otros derechos también fundamentales como son las libertades de expresión e información, los mecanismos de tutela y el alcance de aquella, los posibles litigios que en este ámbito puedan surgir van a tener resultados muy diversos en función del sistema jurídico aplicable. Que el resultado del litigio en aplicación de la *lex causae* sea distinto del que resultaría aplicando la *lex fori*, no justifica *per se* el recurso al orden público. En este sentido, para apreciar si es contrario al orden público hay que centrarse en el contenido de este Derecho extranjero aplicable, no en la forma. El simple tratamiento material distinto de los derechos fundamentales de la personalidad en cuestión por el Derecho extranjero aplicable no legitimaría al foro para impedir su aplicación mediante el recurso al orden público, sino que tendría que verificar que efectivamente ese el particular tratamiento es incompatible con los valores y principios del foro en relación con ese derecho¹⁵²³ (por ejemplo cuando en el ordenamiento jurídico extranjero ni si quiera se reconoce ese derecho de la personalidad en particular y, en consecuencia, no tiene garantizada tutela alguna, por lo que el comportamiento que se enjuicia no sería ilícito).

Desde esta perspectiva, la eventual aplicación del ordenamiento norteamericano planteará típicamente problemas de orden público en los tribunales europeos en este tipo

ob. cit., pp. 625-629, en relación a la reserva de orden público internacional y los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales en Portugal.

¹⁵²³ Debe existir entre el foro y el supuesto una suficiente conexión que justifique el recurso al orden público, aunque se trate de derechos fundamentales. *Vid.* P. Lagarde, “Public Policy”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. II, Capítulo 11, 1994, p. 46.

de litigios. La reglamentación de los ordenamientos jurídicos europeos (incluido el Derecho inglés) contrasta en gran medida con el tratamiento previsto en el sistema americano para la solución de los conflictos entre los derechos de la personalidad y las libertades de expresión e información (de prensa). Aunque Reino Unido y EEUU pertenecen al sistema *common law* -lo que en principio permitiría presumir que gozan de ciertas similitudes en la reglamentación de ciertas figuras jurídicas-, en lo que se refiere a la tratamiento de los derechos de la personalidad y la libertad de expresión sus posturas pueden calificarse como diametralmente opuestas. Esta conclusión se deriva del hecho de que el sistema inglés sigue la tendencia general de los países de Europa, básicamente por su pertenencia al CEDH, por lo que forma parte del sistema europeo en este contexto. Este tratamiento tan dispar entre estos sistemas es consecuencia directa de que en el ordenamiento jurídico norteamericano la libertad de expresión es un derecho constitucional positivo que resulta preeminente, en todo caso, sobre los posibles derechos relacionados con la personalidad con los que pueda entrar en conflicto¹⁵²⁴(lo que no siempre ocurre en los sistemas jurídicos europeos). Pero no sólo existen divergencias entre estos dos grandes sistemas, sino que dentro de Europa los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros UE no reglamentan de igual manera estas categorías de derechos, a pesar de contar con instrumentos internacionales comunes esenciales en la materia (CEDH y CDFUE) y partir de tradiciones constitucionales similares, por lo que potencialmente también caben problemas de orden público entre los ordenamientos europeos.

107. En definitiva, la diferencia de tratamiento de estos derechos fundamentales -y en particular, de su relación con otros derechos- que existe en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales no sólo incide directamente en la posible solución del litigio -ya que en función del tribunal donde se litigue y el Derecho que éste finalmente aplique los resultados pueden ser muy distintos-; sino que posibilita -si bien con carácter excepcional- el recurso al orden público internacional por el foro para impedir la aplicación del ordenamiento extranjero al que la norma de conflicto de fuente interna le hubiera remitido. Ahora bien, este recurso únicamente procederá cuando entre

¹⁵²⁴ Aunque en este apartado únicamente se dará una visión general comparativa entre los sistemas, con el objeto de introducir el siguiente apartado ya dedicado en particular a los elementos más relevantes en el tratamiento de la cuestión de desde una perspectiva práctica, esto es, desde el punto de vista del éxito de la acción.

la situación litigiosa y el ordenamiento del foro exista un nexo suficiente que justifique tal aplicación¹⁵²⁵. En cualquier caso, debido al dispar tratamiento sustantivo de esta materia, el orden público no sólo puede aparecer en el momento de la aplicación de la ley para resolver el litigio, sino que también puede conllevar problemas futuros en sede de reconocimiento –dentro y fuera del sistema RBI¹⁵²⁶–.

B) Orden público y responsabilidad extracontractual

107. Los sistemas jurídicos nacionales prevén distintos regímenes materiales de responsabilidad civil por lesión de los derechos referidos a la personalidad. No obstante, al igual que ocurría cuando se analizó en el apartado anterior su tratamiento como derechos fundamentales, la disparidad de regulación entre la *lex causae* y el Derecho del foro, no es motivo suficiente que justifique la aplicación de la ley del foro -en vez del Derecho material extranjero localizado por la norma de conflicto- mediante el recurso al orden público internacional. Ahora bien, esto no significa que esta institución en este sentido no pueda llegar a ser operativa, sino que ha de interpretarse igualmente de manera restrictiva. La responsabilidad extracontractual implica para el agente causante del daño una limitación en su autodeterminación¹⁵²⁷, la cuestión es qué tipo de limitación, qué consecuencias se derivan para el agente de esa responsabilidad -y esto varía de un ordenamiento a otro-. En este sentido es posible que el tribunal del foro acuda eventualmente al orden público internacional cuando en su ordenamiento jurídico no se contemple en el ámbito de la responsabilidad aquiliana que los daños derivados de un comportamiento puedan generar al agente la obligación de indemnizar -cuando así resulte de la aplicación del Derecho extranjero-, aunque esta consecuencia no tiene porqué darse de manera automática¹⁵²⁸.

¹⁵²⁵ Vid. P. Lagarde, “Public Policy”, *loc. cit.*, p. 22.

¹⁵²⁶ En lo que respecta en particular a casos de difamación, en concreto cuando sean los tribunales estadounidenses los requeridos. Pero no exclusivamente en esta materia sino en general en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, existirán problemas de eficacia extraterritorial de sentencias extranjeras en EEUU cuando la resolución haya sido dictada por tercer Estado que no resuelva de conformidad con la Primera Enmienda.

¹⁵²⁷ Cf. E. Dias Oliveira, *Da responsabilidade Civil... ob. cit.*, p. 629.

¹⁵²⁸ En este sentido, véase la sentencia de la Corte de Casación francesa dictada en el caso *Lautour*, de 25 de mayo de 1948, en la que se establece que la disposiciones de Derecho extranjero sobre responsabilidad extracontractual no son contrarias al orden público internacional francés por ser distintas

A esto ha de añadirse que algunos sistemas nacionales de los Estados miembros prevén limitaciones concretas a la aplicación de un ordenamiento extranjero –más allá de la cláusula general del orden público- en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, que son aplicables a los supuestos de obligaciones extracontractuales derivadas de daños a los derechos de la personalidad¹⁵²⁹. En este sentido, el art. 52 de la *Estonian International Private Law Act* del 2002¹⁵³⁰ establece que la aplicación de un Derecho extranjero no podrá llevar a los tribunales nacionales a ordenar compensaciones económicas significativamente mayores de las previstas para daños similares en el Derecho del foro¹⁵³¹. De tal manera, que en estos casos el Derecho del foro opera como ley de referencia para los Derechos extranjeros –que resulten de aplicación según la norma de conflicto del art. 50 de este cuerpo normativo-. En términos similares se manifiesta el sistema alemán. El art. 40.3 de la EGBGB limita el alcance de la reclamación de indemnizaciones por conductas antijurídicas – como reserva especial de orden público-. Así, las demandas regidas por un Derecho extranjero no podrán ser invocadas en tanto que sobrepasen considerablemente la indemnización convenida en el Derecho del foro para el perjudicado, persigan manifiestamente otros objetivos distintos del apropiado resarcimiento de la víctima, o contradigan normas de responsabilidad contenidas en un Convenio en vigor para Alemania¹⁵³². Desde esta perspectiva, los dos límites previstos en el sistema alemán podrían aplicarse cuando se esté ante supuestos de *punitive damages*¹⁵³³. Ahora bien, el mero uso de una

a la disposiciones imperativas francesas, únicamente cuando aquellas atenten a los principios de justicia universal considerados en Francia como bienes de valor internacional absoluto (referida en E. Dias Oliveira, *Da responsabilidade Civil ... ob. cit.*, p. 629, nota a pie 2465).

¹⁵²⁹ En particular en cuestiones relativas a las compensaciones económicas que le corresponden a la víctima del daño.

¹⁵³⁰ Vid. J. J. Álvarez Rubio (director), *Difamación y protección...*, *ob. cit.*, p. 201.

¹⁵³¹ En aquellos sistemas donde la responsabilidad civil se fundamenta en la reparación o compensación del daño (principalmente sistemas europeos), existe una evidente relación entre la proporcionalidad de las sanciones y el orden público internacional. Para un análisis de la incidencia de esta cuestión en el recurso al orden público internacional en el DIPr (tanto en el sector de Derecho aplicable como en el de reconocimiento) desde una perspectiva comparada véase, D. Moura Vicente, *Da responsabilidade pré-contratual...*, *ob. cit.*, pp. 698- 707.

¹⁵³² Vid. K. Fach Gómez, “la nueva regulación...”, *loc. cit.*, p. 290.

¹⁵³³ Este tipo de daños no son admitidos por el Derecho interno alemán –ni por la generalidad de Estados comunitarios-, como así se ha manifestado por la jurisprudencia alemana. *Ibidem*; J. Dolinger,

denominación distinta a la hora de establecer las obligaciones pecuniarias del agente del daño no puede constituir motivo suficiente para acudir al orden público. En este sentido, aun partiendo del hecho de que en la generalidad de sistemas europeos no se admiten los daños punitivos por ser contrarios a sus normas imperativas sobre responsabilidad extracontractual -fundamentalmente porque exceden de la función compensatoria de la responsabilidad civil pasando a la sanción, que en el contexto civil no se permite en estos sistemas-, es posible que no se acudiera a este recurso para impedir la aplicación de este Derecho extranjero que reconoce los daños punitivos. Y esto sería posible si a pesar de que se denominen daños punitivos, la sanción indemnizatoria que se le impone al agente del daño por aplicación de la *lex causae* resulta proporcional desde la perspectiva de la *lex fori*.

También aquí puede hacerse referencia al caso particular del Derecho de Hungría que –como ya se puso de manifiesto anteriormente- de conformidad con su art. 10 del Decreto–ley nº 13 de 1979 de DIPr, el Derecho del foro también tiene un especial papel frente a la posible ley extranjera aplicable (según el criterio general de conexión de la ley del lugar y el momento de la violación del derecho de la personalidad). Por tanto, en el sistema húngaro la *lex fori* opera como un límite que se aplicará siempre que sea más beneficiosa para el perjudicado, lo que aplicado a la cuestión anterior –importe de la indemnización- se traduce en que si el Derecho húngaro resulta ser más favorable para la víctima que sufre el daño en cuanto a la compensación o indemnización que le corresponde recibir, estas acciones se enjuiciarán a la luz de la *lex fori*.

Por último, aquí también puede volver a ponerse de relieve –respecto del papel limitador que la *lex fori* puede jugar frente al posible Derecho material extranjero aplicable según el criterio *lex loci delicti commissi*- la aplicación de la regla de la doble accionabilidad para aquellos países del *common law* donde se encuentra aun vigente pertenecientes a la UE (como es el caso del sistema inglés para los supuestos de difamación).

“Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts”, *R. des C.*, t. 283, 2000, pp. 452-496, en esp. pp. 494-495; H. Bungert, “Enforcing U.S. Excessive and Punitive Damages Awards in Germany”, *Int. Lawyer*, vol. 27, 1993, p. 1075.

2) Imperatividad de determinadas normas comunitarias aplicables: tratamiento de datos personales

109. Al margen de la posible intervención de la normativa imperativa -nacional e internacional- en materia de la protección de los derechos fundamentales en juego en este tipo de litigios (a través del recurso al orden público internacional), pueden alzarse ciertas normas comunitarias igualmente imperativas cuando las circunstancias del caso encajen dentro de su ámbito de aplicación (con independencia de la ley que vaya a regir el fondo del asunto en función de la norma de conflicto aplicable). En particular, cuando la intromisión ilegítima en el derecho de la personalidad de que se trate se derive de actividades desarrolladas en Internet, dos sectores normativos específicos dentro del Derecho comunitario podrían ponerse en funcionamiento: 1º) la posible incidencia de la normativa comunitaria en materia de contratos de consumo a los contratos de servicios prestados por las redes sociales (lo que ya fue objeto de estudio y análisis en otros apartados)¹⁵³⁴ y 2º) la eventual aplicación de la normativa europea en materia de tratamiento de datos personales (como responsabilidad extracontractual). Es en esta segunda cuestión en la que se centrará este apartado.

110. La protección de los datos personales resulta importante en el contexto virtual, toda vez que en Internet la compraventa de este tipo de información es un verdadero negocio, y en este sentido los distintos prestadores de servicios de la sociedad de la información tienen mucho que ver (pues a través de ellos se obtienen los datos de sus usuarios, se procesan, se almacenan, etc.)¹⁵³⁵. Todas estas operaciones que los prestadores de servicio de la sociedad de la información realizan en relación con los datos personales deben adecuarse a la normativa comunitaria. La reglamentación que el Derecho comunitario hace de esta materia es de carácter imperativo¹⁵³⁶, de tal manera

¹⁵³⁴ Sobre esta cuestión A. Bonomi, “Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts”, *YPIL*, vol. 10, 2008, pp. 285-300.

¹⁵³⁵ *Vid.* M. Peguera Poch, “Publicidad online basada en comportamiento y protección de la privacidad”, en A. Rallo Lombarte y R. Martínez (Dirs.), *Derecho y redes sociales*, Madrid, 2010, pp. 355-380.

¹⁵³⁶ Su obligatoriedad y su consecuente indisponibilidad por las partes se deriva del carácter fundamental de la protección de los datos personales como parte del derecho a la vida privada (art. 8 CEDH), que en virtud del art. 16 TFUE deben ser respetados por las políticas de todos los Estados miembros.

que su aplicación será obligatoria -directa e inmediata- cuando el supuesto caiga dentro de su ámbito de aplicación (esto es, cuando se trate de datos considerados como personales dentro del mercado interior) con independencia del Derecho material que resulte aplicable. Esto en la práctica resulta del todo esencial por las importantes diferencias que existe en el tratamiento de la cuestión en los diferentes sistemas nacionales. De lo anterior se deriva que si el litigio se sigue ante un tribunal de un Estado UE, con independencia del Derecho que vaya a regular la relación entre las partes¹⁵³⁷, finalmente se aplicará el sistema comunitario por su carácter imperativo (si cae dentro de su ámbito de aplicación). Si resultara de aplicación la normativa comunitaria, esto se traduciría en una serie de obligaciones para los prestadores de servicios de la sociedad de la información para la recogida y el procesamiento de datos personales -que dependerán de la función que el prestador en particular desarrolle en la sociedad de la información-¹⁵³⁸. El elemento clave para determinar si resulta o no de aplicación esta normativa es que la actividad se desarrolle dentro de la UE, de tal manera que si no afecta al mercado interior su aplicación no estaría justificada¹⁵³⁹. En estos casos el lugar de establecimiento del prestador de servicios de la sociedad de la información de que se trate es irrelevante -aunque por lo general estarán localizados fuera de la UE-, sino que lo relevante es que la actividad esté dirigida al Espacio Europeo, a alguno de los países de la UE.

¹⁵³⁷ Por lo general, el Derecho de un Estado no miembro como consecuencia del acuerdo de elección de ley aplicable que suele preverse en los términos o condiciones de uso de servicios. Como es el caso, por ejemplo, de las redes sociales. En este sentido puede verse el caso de Facebook, donde entre sus condiciones se recoge la aceptación del usuario -residente fuera de EEUU- para la transferencia y procesamiento de sus datos personales a EEUU (Secc. 16: *Special Provisions Applicable to Users Outside the United States*).

¹⁵³⁸ En función de si son o no considerados como “responsables del tratamiento” en los términos que establece la Directiva 95/46/CE (art. 2d). En caso de no cumplir con dichas obligaciones pueden incurrir en responsabilidad exigible judicialmente frente a sus usuarios. La supervisión en el cumplimiento de estos requisitos establecidos por la legislación sobre datos personales corresponde a la autoridad pública correspondiente en cada Estado miembro (en caso de España a la Agencia Española de Protección de Datos -AEPD-). Para un análisis específico de las obligaciones que en este sentido les corresponden la redes sociales como “responsables de tratamiento” según la normativa comunitaria y sus efectos en cuanto a la determinación de la ley aplicable a su régimen de responsabilidad de este tipo de prestadores de servicios de la sociedad de la información *Vid.* P. A de Miguel Asensio, “Social Networking Sites...”, *loc. cit.*, pp. 15 y ss.

¹⁵³⁹ Pues su finalidad es proteger en Europa a los titulares de esos datos personales.

CAPITULO SEXTO
DERECHO APLICABLE: PERSPECTIVAS DE EVOLUCIÓN
EN LA UNIÓN EUROPEA

I.- Alternativas a la unificación conflictual: armonización material

1. Ante el escenario actual en que se encuentra la materia de la responsabilidad extracontractual derivada de daños a los derechos de la personalidad en el territorio comunitario, donde coexisten 27 normas de conflicto de fuente interna de los Estados miembros -con resultados muy dispares- y sin un tratamiento sustantivo mínimamente armonizado desde el punto de vista nacional de la protección de los derechos de la personalidad –en particular en lo que respecta a las garantías de la libertad de expresión e información-, pueden plantearse distintas perspectivas de evolución. La primera de ellas sería dejar tal cual está la situación, renunciando a cualquier intento de armonización y/o unificación tanto de reglas conflictuales como materiales relativas a este tipo de responsabilidad civil extracontractual. Esto supondría que cada ordenamiento nacional –de cada uno de los Estados miembros- siguiera adoptando sus propias normas de Derecho material y de DIPr. Esta opción no parece satisfactoria por una razón fundamental: las importantes divergencias que existen en este ámbito entre los ordenamientos jurídicos de fuente interna de los Estados miembros, inciden de manera negativa en la construcción de un mercado común y de un “espacio europeo de justicia en materia civil”¹⁵⁴⁰, que garantice el buen funcionamiento de aquél. Básicamente porque el buen funcionamiento del Mercado interior va a depender en gran medida de la consolidación –de manera definitiva- del principio del reconocimiento mutuo que, a su vez, depende de la capacidad de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros de garantizar un estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales en todo el territorio comunitario. Entre esos derechos fundamentales se encuentran tanto los derechos de la personalidad como las libertades de expresión y prensa, lo que resulta esencial dado el actual contexto de utilización generalizada de las nuevas tecnologías y el pleno apogeo de los medios de comunicación.

¹⁵⁴⁰ Anterior art. 61 c TCE (sustituido por el art. 67 TFUE).

Precisamente con el objetivo de simplificar el complejo panorama derivado de la disparidad normativa existente en este ámbito material, las instituciones europeas deben apoyar el proceso de armonización legislativa iniciado en el sector de la responsabilidad civil extracontractual. Esa armonización puede llevarse a cabo tanto desde una perspectiva material como conflictual, e incluso cumulativa de ambas técnicas¹⁵⁴¹. En este sentido, en estos apartados se analizará la posible evolución en esta materia exclusivamente a nivel europeo. Para el análisis propuesto va a examinarse la situación actual, poniendo de manifiesto la diversidad normativa que existe en esta cuestión entre los 27 Estados comunitarios¹⁵⁴². Con este fin, se realizará un estudio comparado de las normas de conflicto nacionales de los Estados miembros que resultan de aplicación para los litigios sobre responsabilidad civil derivada de actos contrarios a los derechos de la personalidad. Así mismo, se abordarán las posibles perspectivas de evolución para superar la situación de vacío normativo actual. Las posibilidades que se manejan van desde aquellas iniciativas que abogan por la unificación conflictual (como es la revisión del RRII), lo que puede resultar difícil teniendo en consideración el conflicto de intereses presentes en la materia¹⁵⁴³; pero pasando también por otras alternativas, por ejemplo aquellas que abordan la cuestión no desde la uniformización conflictual de la materia sino desde la necesaria unificación material previa -una unificación de mínimos común para toda la UE-, para que la conflictual pueda tener sentido (aproximación por la que se va a comenzar). Esto se traduce en una posible complementación de iniciativas (armonización conflictual y material) con el fin de conseguir el deseado objetivo de armonización¹⁵⁴⁴. A estos efectos, las iniciativas de codificación del *European Group on Tort Law* en el campo de la responsabilidad civil extracontractual puede tener gran relevancia -en particular, los Principios de Derecho europeo de la Responsabilidad Civil-, en lo que se refiere a aspectos tan relevantes como el importe de la

¹⁵⁴¹ Vid. J. J. Álvarez Rubio, "Delitos civiles...", *loc. cit.*, pp. 296-304.

¹⁵⁴² Las profundas divergencias entre los sistemas nacionales al determinar la ley aplicable a estos ilícitos y sus consecuencias son tratadas ampliamente en J. J. Álvarez Rubio (director), *Difamación y protección...*, *ob. cit.*, pp. 129-203.

¹⁵⁴³ La protección de los intereses particulares frente a los intereses de los medios de comunicación, las asociaciones de prensa o grupos de presión con intereses comunes.

¹⁵⁴⁴ Apoyando esta aproximación, J. J. Álvarez Rubio (Dir.), *Difamación y protección...*, *ob. cit.*, p. 23.

indemnización o resarcimiento a la víctima –lo que vendrá determinado por la función resarcitoria de la obligación y los conceptos por los que se indemniza-.

2. Es evidente la dificultad que supone consagrar una regla de conflicto que logre el consenso necesario y equilibre los intereses en juego en esta materia, y aunque también resultaría difícil –incluso aun más- conseguir ese consenso, otra posibilidad sería intentar acabar con los problemas inherentes a la diversidad existente en el tratamiento sustantivo de la materia entre los Estados miembros mediante la armonización por el establecimiento de unos principios comunes mínimos¹⁵⁴⁵. La legislación europea podría prevenir desigualdades o defectos en el mercado mediante la previsión de unos mínimos allí donde tales carencias estén presentes¹⁵⁴⁶. Si todos los ordenamientos nacionales proporcionan un nivel satisfactorio de protección a la víctima de violaciones de derechos de personalidad, no le resultaría tan atractivo al autor del daño buscar de manera intencionada el ordenamiento jurídico que le resulte más favorable, porque todos ellos se habrían adherido a los mínimos sustanciales establecidos a nivel comunitario. De hecho, la unificación de reglas de conflicto no debería ser presentada como una opción alternativa a la armonización sustancial de los ordenamientos nacionales de Estados miembros, sino como una opción adicional.

Quizá la solución más satisfactoria para asegurar un nivel mínimo de concordancia entre los sistemas jurídicos -para prevenir o evitar los problemas derivados de la diversidad de reglamentación- sería buscar la combinación apropiada entre mecanismos para la armonización de reglas de conflicto y una cierta armonización de mínimos sustancial. En gran medida, el éxito de la armonización de las reglas de conflicto a nivel europeo en esta materia dependerá de la armonización de la legislación sustancial y de una mayor proximidad de los principios generales de los ordenamientos nacionales. En este sentido, parecería aconsejable que en las materias no contractuales

¹⁵⁴⁵ En este sentido podría decirse que este camino se ha iniciado con la STJCE de 16 de diciembre de 2008, C-73/07, *Satakunnan Markkinapörssi y Satamedia*, en lo que respecta al tratamiento y circulación de datos fiscales de carácter personal -Protección de las personas físicas – y su relación con la libertad de expresión.

¹⁵⁴⁶ Cf. M. Requejo, “Country of Origin Versus Country of Destination and the Need for Minimum Substantive Harmonisation”, disponible en <http://conflictoflaws.net/2010/country-of-origin-versus-country-of-destination-and-the-need-for-minimum-substantive-harmonisation/>

se coordinara la unificación de las reglas de conflicto con iniciativas sobre armonización parcial sustantiva. De hecho, únicamente la armonización de principios o armonización de Derecho sustantivo podría justificar la utilización de criterios de conexión tales como el del Estado de origen -en lugar del Estado de destino- como regla natural en los litigios sobre obligaciones extracontractuales.

3. Para abordar una posible armonización sustantiva en el campo de la responsabilidad civil extracontractual derivada de daños a los derechos de la personalidad, hay que distinguir entre dos cuestiones importantes: a) su consideración como derechos fundamentales y su necesaria coordinación con las libertades fundamentales de expresión y prensa; y b) las consecuencias económicas que para el presunto responsable podrían suponer la lesión de estos derechos –lo que puede venir condicionado por las funciones que se reconozcan a la responsabilidad extracontractual en cada Estado, así como por los conceptos por los que se puede reclamar-. La primera de las cuestiones se refiere a establecer un alcance común de la tutela y garantías de los derechos de la personalidad frente a posibles ataques por medios de comunicación –y, en consecuencia, de la relación entre estos derechos- y una solución común de posibles conflictos entre los bienes jurídicos en presencia, de manera que no se menoscabe tampoco la tutela de estas libertades. Supondría establecer unos estándares mínimos que permitirían a la víctima –y, al mismo tiempo al potencial responsable- conocer qué comportamientos están o no tutelados por la libertad de expresión e información sin que tenga posibilidad de reclamar por daño alguno sufrido¹⁵⁴⁷ -y de quién¹⁵⁴⁸- y, en sentido contrario, qué comportamientos son ilícitos y le generan la expectativa de poder instar judicialmente las medidas necesarias para proteger su derecho lesionado –restituirlo y/o repararlo-. Esto enlaza con otra de las cuestiones que estría dentro esta primera aproximación. Las medidas de protección –*remedies*- con los que la persona perjudicada contaría frente a las lesiones de sus derechos. Para establecer unas medidas comunes para todo el territorio comunitario frente a este tipo de violaciones de manera consensuada, deberían consagrarse aquellas medidas que se reglamenten en la mayoría de las legislaciones nacionales de los Estado miembros, como es el caso de las medidas económicas/indemnización, el derecho de respuesta o réplica y las medidas de

¹⁵⁴⁷ Es decir, la propia existencia del ilícito del que deriva la responsabilidad extracontractual.

¹⁵⁴⁸ Lo que determina la legitimación pasiva por el posible responsable.

prevención y cese. Cosa distinta es la concreción del importe o cuantía indemnizatoria que a la persona perjudicada pudiera reconocerse, pues este elemento formaría parte de la segunda de las cuestiones –consecuencias económicas para el responsable del daño-. Y es precisamente en esta cuestión donde existen mayores divergencias entre los Estados y donde puede tener un papel importante la *lex fori* en detrimento del Derecho extranjero aplicable según la norma de conflicto autónoma –al margen o más allá de la cláusula general del orden público-¹⁵⁴⁹.

Esta distinción tiene sentido en la medida que las vías por las que se pueden optar para conseguir una armonización sustantiva común en cada una de ellas es distinta. En este sentido, una aproximación que podría resultar adecuada para armonizar el sector relativo a las cuantías indemnizatorias podría encontrarse en los ya existentes trabajos de armonización europea en el sector de responsabilidad extracontractual (como son los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil del *European Group on Tort Law* y las reglas de responsabilidad extracontractual del Marco Común de Referencia). Por su parte, la primera de las cuestiones –relativa al alcance, contenido y medidas de protección de los derechos fundamentales en conflicto- aunque como ya se anticipó existen instrumentos internacionales comunes entre los Estados miembros que han aproximado las legislaciones nacionales en este sentido –CEDH y CDFUE- no son suficientes para cumplir con este objetivo. Por ello, y dada las más que evidentes dificultades que existen a día de hoy para conseguir –a corto o medio plazo- un Derecho europeo de responsabilidad civil extracontractual que incluya los daños causados a los derechos de la personalidad¹⁵⁵⁰, una posible opción¹⁵⁵¹ que puede satisfacer los intereses de ambas partes en conflicto podría consistir en utilizar complementariamente la técnica conflictual –unificando una norma de conflicto para toda la UE en esta materia que sea garantista de los intereses de los medios de comunicación¹⁵⁵²- con cierta armonización

¹⁵⁴⁹ Como así ocurre en el Derecho estonio, alemán o húngaro.

¹⁵⁵⁰ Hay que tener en consideración, además de la cuestión de las divergentes aproximaciones en materia de responsabilidad extracontractual por daños a los derechos de la personalidad que existen en los ordenamientos nacionales, los costes que una armonización normativa de esta naturaleza supondría: de transacción, información y adaptación de los distintos ordenamientos. *Vid.*, J. J. Álvarez Rubio (director), *Difamación y protección...*, *ob. cit.*, pp. 214-217.

¹⁵⁵¹ Que dé una solución satisfactoria para todas las partes a corto y medio plazo, hasta que finalmente la codificación de un Derecho europeo de responsabilidad civil extracontractual sea posible.

¹⁵⁵² Lo que se lograría consagrando el criterio Estado de origen.

sustantiva de mínimos, lo suficientemente tuitiva de los intereses de los titulares de los derechos de la personalidad. En este sentido, el mejor instrumento comunitario para poder conseguir esa armonización de mínimos es a través de la Directiva. Siguiendo esta línea argumental, en los siguientes apartados se analizarán las dos aproximaciones expuestas comenzando con la cuestión de las consecuencias económicas para el responsable de la lesión.

1.-) Unificación material: Principios de Derecho de la responsabilidad civil extracontractual europeo

4. Partiendo de la relevancia que el sector normativo sobre responsabilidad civil extracontractual tiene en la generalidad de ordenamientos jurídicos nacionales, parece que sería recomendable la presencia de normas sobre el particular en cualquier ordenamiento jurídico. La relevancia de la materia y su incidencia dentro del mercado interior, reclama la necesidad de prever normas comunes a nivel comunitario¹⁵⁵³ -de manera análoga a la iniciativa americana en este ámbito¹⁵⁵⁴-. No obstante, la

¹⁵⁵³ En este sentido se ha pronunciado U. Magnus dentro del marco de un congreso sobre la evolución del Derecho privado europeo, organizado bajo el título *Discussing the Boundaries of European Private Law* por la Facultad de Derecho, Economía y Finanzas de la Universidad de Luxemburgo, que tuvo lugar los días 28 y 29 de octubre 2010. http://wwwfr.uni.lu/layout/set/print/newsletter2/intern_articles_repository/discussing_the_boundaries_of_european_private_law. En la misma línea, dentro de la doctrina española, Martín-Casals, para el parece que en la actualidad los movimientos de armonización europeos iniciados están siendo superados por las iniciativas nacionales actuales. Puesto que un número de legislaciones nacionales en estos momentos ya han llevado a cabo una reforma de su regulación o se encuentran en la fase de elaboración de borradores, Anteproyectos, Proyectos o Proposiciones de Ley en este sector. Vid. M. Martín- Casals, “La “modernización” del Derecho de la responsabilidad extracontractual”, comunicación enmarcada dentro de las jornadas de la APDC de 17 de marzo de 2011, celebradas en la Universidad de Girona, texto íntegro disponible en <http://www.derehocivil.net/jornadas/APDC-2011-PONENCIA-CASALS.pdf>. Existe abundante literatura en torno a la unificación del Derecho de obligaciones en la UE. En tre otros puede verse, H. Koziol y B. C. Steininger (eds.), *European Tort Law 2002*, Viena, 2003 y H. Koziol, “Summary and Outlook” en H. Koziol, A. Warzilek (eds.), *Protection of Personality Rights against Invasions by the Mass Media. Tort and Insurance Law*, vol. 13, 2005, pp. 681- 713.

¹⁵⁵⁴ Véanse en este sentido, los trabajos de armonización estadounidense del *Restatement Third of Torts*, realizada por el ALI: *The American Law Institute, Restatement (Third) of the Law of Torts - Products Liability*, St. Paul, American Law Institute Publishers, 1998. *The American Law Institute, Restatement (Third) of the Law of Torts - Apportionment of Liability*, §§ 1-End, St. Paul, Minnesota,

europeización de este sector del ordenamiento resulta actualmente muy limitada, y en materia de lesiones a los derechos de la personalidad inexistente. Además, la variedad de normas de distinta naturaleza aplicables en el sector extracontractual por los Estados miembros dibujan un marco normativo complicado. En este contexto destaca la influencia de ciertos convenios internacionales ratificados por los Estados miembros que regulan la responsabilidad extracontractual en materias específicas¹⁵⁵⁵, así como las implicaciones del Derecho originario (art. 340.2 TFUE) y del Derecho derivado¹⁵⁵⁶ (con especial referencia a ciertas Directivas, como las relativas a la responsabilidad por productos¹⁵⁵⁷ y responsabilidad medioambiental). En consecuencia, se trata de un panorama fragmentado pero con un sistema general subyacente que sería adecuado desarrollar. Ese desarrollo puede verse favorecido por las iniciativas académicas de formulación de principios que existen en ese ámbito –que se configuran como trabajos de armonización europea- como es el caso de los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil del *European Group on Tort Law* (en adelante, *PETL*)¹⁵⁵⁸, y las

American Law Institute Publishers, 2000 y *The American Law Institute, Restatement (Third) of Law of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*, Vol. 1, §§ 1 to 36, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 2010.

¹⁵⁵⁵ Como son los Convenios de la Haya del 71 y del 73; pero no así en cuanto a la materia objeto de estudio.

¹⁵⁵⁶ Resulta en este sentido de particular relevancia el Reglamento (CE) no 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales. Con él se prevé un procedimiento que autoriza a un Estado miembro a modificar un acuerdo ya existente o a negociar y celebrar uno nuevo con un tercer Estado en materias que se incluyan total o parcialmente en el ámbito de aplicación del RRI y del RRII. Ahora bien, el Reglamento no se aplica cuando la Comunidad ya haya celebrado un acuerdo con el tercer Estado sobre las mismas materias.

¹⁵⁵⁷ Que pueden resultar de aplicación en cuanto a la posible responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información por lesiones causadas a no usuarios en sus derechos de la personalidad como consecuencia de la prestación defectuosa de sus servicios.

¹⁵⁵⁸ Presentados en Viena en mayo de 2005. La traducción en español de la última versión de estos principios puede verse en M. Martín-Casals (Coord), *Principios de Derecho...*, ob. cit., pp. 25-38. Para un análisis general de la materia, vid. B. A. Koch, "The "European Group on Tort Law" and Its "Principles of European Tort Law", *Am. J.Comp.L.* vol. 53, nm. 1, 2005, pp. 189- 206; M. Martín-Casals, "Los principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil del European Group on Tort Law", en M. Martín-Casals (Coord), *Principios de Derecho...*, ob. cit., pp. 41-48.

reglas de responsabilidad extracontractual del Marco Común de Referencia¹⁵⁵⁹, peor que no resultan de aplicación obligatoria para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Desde esta perspectiva, cualquiera de estos dos cuerpos normativos podría constituir esos principios comunes mínimos necesarios para la armonización sustantiva entre los Estados miembros en la materia en los términos propuestos –o al menos, operar como *soft law* para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que deban de resolver sobre estas cuestiones dentro del contexto comunitario-. En este sentido, van a analizarse separadamente para ver su adecuación al respecto, comenzando por las reglas del Marco Común de Referencia.

5. A principios de 2008 se publicaron unas “Reglas Modelo” de carácter sustantivo en materia de responsabilidad civil extracontractual, incluidas como Libro VI del “Borrador de Marco Común de Referencia” (*Draft Common Frame of Reference, DCFR*)¹⁵⁶⁰, que se enmarcan en el proceso de elaboración de un “Marco Común de Referencia” para el Derecho de obligaciones por parte de las instituciones europeas. Estas Reglas modelo están integradas por una serie de disposiciones que se distribuyen en siete capítulos, entre las que se incluyen definiciones de conceptos fundamentales en esta materia¹⁵⁶¹. Lo que se busca con ello es continuar con el objetivo de construir un Derecho europeo de la responsabilidad civil extracontractual. Y en este sentido, la relevancia de este texto radica en que puede constituir el borrador de los elementos

¹⁵⁵⁹ Vid. C. von Bar / E. Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, 2009, 6 vols., vol. 4; C. Von Bar, “Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another under the DCFR”, *ERA-Forum*, Vol. 9, suplemento 1, 2008, pp. 33-38.

¹⁵⁶⁰ El *Draft Common Frame of Reference* constituye el resultado del trabajo de un grupo de profesores de Derecho privado de los Estados miembros (el grupo de estudio del Código civil europeo y el llamado *Acquis Group*, de investigación en derecho privado europeo). Se ha cuestionado si dicho borrador integra las fuentes en que se basa, esto es, los principios de Derecho europeo de contratos de la Comisión Lando y los “*acquis principles*”, además de las distintas tradiciones de Derecho privado de los diversos Estados miembros. De hecho, este borrador se basa en parte en una versión revisada de los principios de Derecho europeo de contratos editado por C. von Bar, Eric Clive, H. Schulte-Nölke, H. Beale, J. Herre, J. Huet, P. Schlechtriem, M. Storme, S. Swann, P. Varul, A. Veneziano y F. Zoll.

¹⁵⁶¹ Se recogen hasta 120 definiciones de conceptos fundamentales de Derecho privado que no se encuentran en los Principios de Derecho europeo de contratos ni en los principios Lando ni en las diversas leyes estatales.
http://www.era.int/web/en/html/nodes_main/4_2127_474/4_1087_697/5_1070_6254.htm.

principales de un Código civil europeo¹⁵⁶².

La aplicación generalizada de estas reglas a la responsabilidad extracontractual derivada de daños a los derechos de la personalidad en el sentido propuesto no resultaría complicada, toda vez que este tipo de daños se prevé expresamente como cubiertos por las disposiciones de estos principios. En particular, el Capítulo II¹⁵⁶³ del *DCFR*, relativo a los “*legally relevant damages*”, se ocupa -además de definirlos- de entre otros daños de “*los daños personales o los sufridos por terceros como consecuencia de la muerte o daños personales de otro, así como las infracciones de la dignidad, la libertad o la privacidad, o de las pérdidas debidas a una incorrecta información sobre otra persona*”. Aunque en este conjunto normativo se reglamentan todas las cuestiones que el Derecho aplicable al fondo debe despejar en un litigio de estas características (como son: los supuestos de responsabilidad – el Cap. III regula todos los aspectos relativos a la “*accountability*”¹⁵⁶⁴-, los grados de responsabilidad o *causation* -Cap. IV: regla general, colaboración y causas alternativas-, las posibles exenciones (*defenses*) del presunto responsable -Cap. V¹⁵⁶⁵-, así como los remedies con los que cuenta el perjudicado -el cap. VI regula los *remedies*, con tres secciones sobre la reparación del daño, la compensación y la reparación-)¹⁵⁶⁶; como se realiza esta labor desde una

¹⁵⁶² Es más que evidente la necesaria coordinación entre el DIPr europeo y el Derecho Privado europeo, en particular en el sector de la responsabilidad extracontractual, en especial desde la entrada en vigor del RRII. En este contexto se hace necesario considera cuál es el papel de este instrumento conflictual en la construcción de un Derecho de la responsabilidad civil extracontractual europeo. Para un análisis pormenorizado del *status quo* de la situación *Vid.*, G. Palao Moreno, *Responsabilidad Civil Extracontractual...*, *ob. cit.*, pp. 247-264 (en lo que respecta al alcance y significado de las reglas modelo en este contexto y su aportación para la construcción de un Derecho de la responsabilidad civil europeo).

¹⁵⁶³ El Cap. I recoge las Disposiciones fundamentales tales como la regla general y el ámbito de aplicación del Borrador.

¹⁵⁶⁴ En la 1ª sección, se ocupa de los casos en que haya habido intención y negligencia de las personas menores de 18 años y la responsabilidad por daños causados por niños o personas bajo vigilancia. Una sección 2ª se ocupa, en cambio, de la causada sin intención o negligencia, en supuestos variados como la causada por animales, o derivada de productos defectuosos, vehículos de motor o sustancias peligrosas, etc.

¹⁵⁶⁵ Que se organiza en cinco secciones relativas a cuestiones como el consentimiento o conducta de la persona dañada, los intereses de las personas responsables o terceras partes, la incompetencia o ciertas restricciones de la responsabilidad.

¹⁵⁶⁶ El *DCFR* recoge un último Cap. VII con varias *ancillary rules*.

perspectiva muy general –ya que nace con la vocación de ser aplicada en el mayor número de supuestos relativos a la responsabilidad extracontractual- la especialidad de la materia (fundamentalmente derivada del carácter fundamental de los intereses en presencia) parece que reclama una reglamentación más específica que no se cumple con estas reglas.

6. Por su parte los *PETL*, aunque de origen estrictamente académico, parece que ya han abandonado este foro exclusivo y están siendo objeto de especial atención por los tribunales nacionales de distintos Estados europeos¹⁵⁶⁷. Por lo que su aplicación práctica está fuera de dudas. La cuestión aquí es determinar si resulta adecuada su aplicación como Derecho material en los litigios transfronterizos sobre responsabilidad civil extracontractual por daños a los derechos de la personalidad. En primer lugar, su aplicación en este sentido se deriva de las previsiones del Capítulo 2 (“Daño”), del Título II (“Presupuestos generales de la responsabilidad”). Para que los daños que se reputen como resarcibles a la luz de estos principios se exige “un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido” (art. 2:101). Y se consideran dentro de los intereses protegidos “*la vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad* –que gozan de la protección más amplia–” (art. 2:102 número 2º). De tal manera que al menos los atentados contra el honor/la dignidad humana estaría reglamentados por estos principios¹⁵⁶⁸. Ya en lo que respecta a la cuestión de la cuantía indemnizatoria estos Principios determinan –como regla general- que la naturaleza y objeto de la indemnización obedece a la necesidad de compensar a la víctima, esto es “*para reestablecerla, en la medida que el dinero pueda hacerlo, en la posición que hubiera tenido si el ilícito que se reclama no se hubiera producido*” (art. 10:101)¹⁵⁶⁹. Este fundamento de base limita la cuantía indemnizatoria en tanto que no permite objetivos tales como el castigo al responsable –por lo que se cierra la puerta a los *excessive awards* o los *punitives damages* permitidos en ciertos ordenamientos nacionales de Estados comunitarios pertenecientes al *common law*, pero inadmitidos por

¹⁵⁶⁷ Como así ya ha ocurrido por el TS español, siguiendo la estela que marcaron previamente los Principios europeos de contratos –*PECL*-. Vid. M. Martín-Casals (Coord), *Principios de Derecho...*, ob. cit., pp. 15 y ss., en particular la referencia jurisprudencial nacional ahí referida.

¹⁵⁶⁸ Vid. H. Koziol, “art. 2:102. Intereses protegidos”, en M. Martín-Casals (Coord), *Principios de Derecho...* ob. cit., pp. 63-69.

¹⁵⁶⁹ El Título VI. dentro de los remedios prevé en su Capítulo 10 la Indemnización.

la generalidad de los Derechos del resto de los Estados UE-. No obstante, sí que se abre la puerta a cierto margen de actuación al recoger –como último inciso del 10:101) que la indemnización “*también contribuye a la finalidad de prevenir el daño*”¹⁵⁷⁰. Al efecto de perfilar aun más los importes indemnizatorios, se concretan los elementos o factores que el órgano jurisdiccional conocedor de la causa debería tener en consideración para cuantificar los daños no patrimoniales – entre los que se encontraría los daños al honor o dignidad de la persona, art. 10:301 número 1º-. Entre los distintos factores susceptibles de valoración se encuentran “la gravedad, duración y consecuencias del daño” (art. 10:301 número 2). Quizás aquí lo que se echaría en falta es alguna previsión respecto de si el comportamiento del propio perjudicado puede incidir en esa cuantificación¹⁵⁷¹ –como ocurre en la generalidad de sistemas nacionales a la hora de cuantificar el daño a los derechos de la personalidad, donde el consentimiento o la propia actuación de la víctima puede reducir el importe indemnizatorio-.

2.-) Combinación de iniciativas: armonización de mínimos y criterio del Estado de origen

7. Otra posible aproximación para conseguir el objetivo buscado sería combinar iniciativas; esto es, utilizar la técnica conflictual y material de manera complementaria. La relevancia de esta propuesta radica en que permitiría alcanzar un punto de encuentro entre los intereses en conflicto. Por un lado, los intentos previos para alcanzar el necesario consenso para adoptar una única solución de ley aplicable común para las

¹⁵⁷⁰ Lo que no puede interpretarse en el sentido de que permita una función punitiva, sino de prevención. Aunque en ocasiones resulte difícil trazar la línea fronteriza entre la finalidad preventiva y la finalidad punitiva, está claro que los Principios no permiten indemnizaciones punitivas que sean “manifiestamente desproporcionadas con respecto a la pérdida real de la víctima y que solo tengan el propósito de castigar al causante del daño a través de la responsabilidad civil”. *Vid.*, U. Magnus, “Art. 10:101. Naturaleza y objeto de la indemnización”, en M. Martín-Casals (Coord.), *Principios de Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 202-206, en particular p. 203. Para ello se remite expresamente al considerando 32 del RRII, donde se permite acudir al orden público para evitar por el foro la aplicación del Derecho localizado por la norma recogida en este instrumento cuando sea este el caso.

¹⁵⁷¹ Lo que sí se recoge respecto del comportamiento del propio causante del daño. Art. 10:301 número 2, *in fine*: “El grado de culpa del causante del daño sólo se tendrá en cuenta si contribuye al daño de la víctima de modo significativo”. *Vid.*, W.V. Horton Rogers, “Art. 10:301. Daño no patrimonial” en M. Martín-Casals (Coord.), *Principios de Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 226-235.

obligaciones extracontractuales derivadas de daños a la personalidad chocaban siempre con los intereses encontrados de las partes implicadas: los sujetos titulares de los derechos de la personalidad y los medios de comunicación como potenciales responsables de los daños en el ejercicio de su actividad informadora-. En este sentido, aunque actualmente es está intentando poner en marcha la armonización conflictual a nivel comunitario –a través de la iniciativa del Parlamento de revisión del RRII-, no se puede saber con seguridad si no se volverá a paralizar el proceso –como ya ocurrió la primera vez en la última fase- por falta del consenso necesario¹⁵⁷². Para intentar romper con el bloqueo que existe actualmente entre las partes en cuanto a la aproximación conflictual por la que debe optarse en esta materia, podría abordarse la cuestión desde el punto de vista sustantivo. Es decir, acabando con la diversidad material tan grande que existe entre los ordenamientos nacionales de los Estados miembros –mediante una armonización sustantiva a través del establecimiento de unos principios mínimos comunes- la cuestión del criterio de conexión para localizar el Derecho nacional aplicable ya no sería un problema. Si todos los sistemas nacionales de los Estados comunitarios prevén el mismo estándar mínimo de protección para los derechos implicados, la localización del Derecho material aplicable al litigio no será una cuestión tan relevante (al menos si se trata de optar entre sistemas de estados UE). Si se garantiza en todo el territorio comunitario un nivel adecuado de protección frente a atentados contra los derechos de la personalidad, el presunto responsable del daño no tendría motivación para buscar de entre todos los ordenamientos nacionales aquél que le resultase más favorable –o laxo con su actuación-, porque todos los Estados tendría la obligación de respetar los mínimos materiales acordados a nivel comunitario.

En consecuencia, la unificación conflictual no debe considerarse como una opción alternativa a la armonización material de los sistemas nacionales de los Estados miembros, sino complementaria para poder llegar al objetivo deseado. Y en este sentido, la mejor manera de asegurar un mínimo nivel de identidad entre los Derechos nacionales, que evite la multiplicidad de problemas que la diversidad normativa conlleva, es buscar la combinación adecuada de los mecanismos de unificación conflictual y una armonización sustantiva mínima. En ocasiones, como es el caso, el

¹⁵⁷² Como consecuencia directa de las presiones recibidas por los grupos de presión de los medios de comunicación que sólo admitían como regla de conexión el Estado de origen o el establecimiento del editor.

éxito de las medidas dirigidas a la armonización comunitaria de las normas de conflicto en ciertos ámbitos depende de la aproximación de los Derechos sustantivos de los Estados miembros¹⁵⁷³. Así, en este concreto ámbito del sector de responsabilidad civil extracontractual resulta muy conveniente coordinar la unificación conflictual con ciertas medidas de armonización material¹⁵⁷⁴. Esa necesaria armonización material podría lograrse a través de mecanismos de aproximación sustantiva entre los Estados miembros y de la elaboración de unos principios comunes (donde podrían tener cabida los Principios de Derecho de la responsabilidad civil extracontractual europeo del *European Group on Tort Law*). Además, sólo la previa armonización material de los ordenamientos nacionales justificaría la adopción como regla de base del criterio Estado de origen, en lugar del criterio del Estado de destino –más apropiado como solución de ley aplicable en materia de obligaciones extracontractuales-¹⁵⁷⁵.

8. Una vez que se han expuesto las razones por las que es necesaria una armonización material de mínimos podría plantearse si en realidad ésta no existe ya, y si en consecuencia esta afirmación es innecesaria. La verdad es que entre los Estados miembros existen instrumentos internacionales comunes que reglamentan la cuestión desde la perspectiva del carácter fundamental de los derechos en conflicto (derecho a la libertad de información, derecho a la vida privada, a la intimidad y al honor) y su protección como tales en los ordenamientos nacionales, como son el CEDH¹⁵⁷⁶ y la CDFUE, lo que podría llevar a suponer que la resolución de fondo de este tipo de litigios va a ser coherente con el Derecho del foro con independencia de cuál sea la ley aplicable. Pero la aproximación de las legislaciones derivada de estos instrumentos no resulta suficiente, solo hay que mirar la práctica jurisprudencial nacional y la disparidad de resultados en función del Derecho nacional aplicado al litigio. De tal manera que la

¹⁵⁷³ “Las normas sustantivas y los principios generales de los ordenamientos nacionales”. Cf. J. J. Álvarez Rubio (director), *Difamación y protección...*, *ob. cit.*, p. 230.

¹⁵⁷⁴ Todo ello siguiendo los problemas que en esta materia se han planteado desde el principio en las iniciativas institucionales tendentes a conseguir la armonización conflictual comunitaria. Lo que hace suponer que ésta no podrá alcanzarse si no se adopta, previamente, medidas de armonización material.

¹⁵⁷⁵ Vid. M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, “Estado de origen...”, *loc. cit.*, pp. 1803 y 1811.

¹⁵⁷⁶ Y junto a éste la nutrida jurisprudencia del TEDH dictada en el ámbito del equilibrio entre los derechos de la personalidad y la libertad de los medios de comunicación.

elección de uno u ordenamiento jurídico aplicable va a suponer resultados completamente contradictorios. Con ello, se corre el riesgo de la utilización por las partes de la norma de conflicto para conseguir la aplicación del Derecho que resulte más favorable para sus propios intereses¹⁵⁷⁷. Pero en aquellos sectores en los que existe una mínima armonización entre los Estados miembros existen menos posibilidades de la utilización instrumental de la regla de conflicto por alguna de las partes. En consecuencia, en ese contexto –de armonización material- la aplicación del criterio Estado de origen sería aceptable, incluso en el sector de la responsabilidad extracontractual derivada de atentados contra los derechos de la personalidad cometidos por los medios de prensa –tal y como demanda este último sector-.

9. No existe actualmente ese estándar común que permita la utilización del criterio Estado de origen, sin poner en peligro el equilibrio entre las partes –o, en otras palabras, sin que se incrementen las desigualdades entre los partícipes en el mercado-¹⁵⁷⁸. No solo existen distintos niveles de protección de los derechos de la personalidad en los ordenamientos nacionales sino que existen, también, divergencias sustantivas y jurisprudenciales en cuanto al tratamiento de los conflictos entre estos derechos y la libertad de información/prensa en los 27 Estados comunitarios¹⁵⁷⁹. En consecuencia, ante la posibilidad de adoptarse una norma de conflicto común en esta específica materia, podría proponerse la adopción de una Directiva por la que se establecieran unos mínimos materiales comunes para todo el territorio comunitario¹⁵⁸⁰. Para ello podría seguirse el ejemplo marcado por la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos personales¹⁵⁸¹, donde en su artículo 4 incorpora precisamente el criterio del Estado de

¹⁵⁷⁷ Por ejemplo, si el punto de conexión es el de residencia buscar como tal aquél país dónde la ley le sea más favorable; lo que puede generar el fenómeno denominado “*legal shopping*” –que es el correlativo al *forum shopping* en el sector de Derecho aplicable- que conduce irremediablemente a aumentar la inseguridad jurídica y el desequilibrio entre las partes.

¹⁵⁷⁸ Esta aproximación resultaría únicamente adecuada si se complementa con la armonización sustantiva de mínimos que se indica, pues en caso contrario se estaría dando prevalencia a una de las partes en conflicto –los medios de comunicación- en detrimento de la que suele ser la más débil –la víctima-, rompiendo con el necesario equilibrio.

¹⁵⁷⁹ Y eso es precisamente lo que distorsiona el buen funcionamiento de mercado interior.

¹⁵⁸⁰ Mediante su transposición en todos los ordenamientos jurídicos nacionales.

¹⁵⁸¹ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la

origen. De esta forma se integraría en el instrumento comunitario una norma de extensión o autolimitada. Y la armonización material a través de este mecanismo sería el factor determinante para justificar el criterio Estado de origen. Solo de esta forma: con la elaboración de una Directiva¹⁵⁸² que incorporase una reglamentación material común de mínimos y una norma de extensión o autolimitada fundada en el criterio del Estado de origen, podría proponerse como una alternativa factible en el contexto actual que satisficiera todos los intereses en presencia y, en consecuencia, que pudiera alcanzar el necesario apoyo.

La elaboración de una Directiva de este tipo, en una materia tan particularmente sensible, no es una tarea sencilla. Si bien, una vez determinada la posible adopción del criterio Estado de origen en la norma de extensión o autolimitada del instrumento el paso más relevante sería cómo realizar esa armonización común de mínimos. Ésta debería tomar como referencia los parámetros de justicia consagrados en la CDFUE y en el CEDH, así como en la nutrida jurisprudencia del TEDH (en lo que respecta a la garantía e interacción de los derechos recogidos en los arts. 8 y 10 de la CEDH).

10. En definitiva, ya que -como se ha demostrado en los antecedentes legislativos previos a la adopción del RRII¹⁵⁸³- existen verdaderas dificultades para adoptar de manera consensuada una única norma de conflicto a nivel comunitario en materia de obligaciones extracontractuales derivadas de atentados contra derechos relacionados con la personalidad, la labor de las instituciones comunitario quizá debería ir encaminada a conseguir ese estándar mínimo material de protección de los derechos de la personalidad y las libertades/derechos de comunicación, de manera que fuese posible adoptar un instrumento cuya aplicación se fundamente en el criterio del Estado de origen. Y es en este contexto donde encaja perfectamente la adopción de una Directiva en los términos expuestos -lo que no sería una opción novedosa, ya que pueden verse ejemplos de Directivas de este tipo en otros sectores de la responsabilidad extracontractual¹⁵⁸⁴-.

libre circulación de estos datos. *DO L* 281 de 23.11.1995, p. 31.

¹⁵⁸² Siempre teniendo en cuenta los problemas que son inherentes a esta clase de instrumento jurídico.

¹⁵⁸³ Y no parece que el panorama haya cambiado de ese tiempo a esta parte.

¹⁵⁸⁴ En este sentido pueden referirse: la ya mencionada Directiva 95/46/CE relativa a la

En cualquier caso, esta propuesta se plantea a la espera de la regla de conflicto que finalmente se vaya a recoger en el RRII para esta materia tras su posible revisión, lo que no significa que sea cual sea la regla por la que se opte finalmente no pueda ponerse en marcha ésta. Toda vez que esta iniciativa no es una alternativa excluyente de otras, como puede ser precisamente la adopción de una única norma de conflicto, sino por contrario es más bien complementaria. Y en este sentido, la iniciativa de adoptar una Directiva en esta materia puede ser un primer paso en la armonización o unificación de los sistemas nacionales a nivel comunitario.

II.- Problemas de la falta de unificación del Derecho internacional privado europeo: la diversidad de soluciones nacionales

11. Con la versión actual del RRII se ha perdido una buena oportunidad de unificar las reglas comunitarias en este sector en particular¹⁵⁸⁵, lo que se traduce en una situación de desorden regulatorio en la materia por la multiplicidad de soluciones previstas en los distintos Estados europeos¹⁵⁸⁶ –o incluso por la ausencia de ella-. No

protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (completada por la Directiva 96/9/CE sobre protección jurídica de las bases de datos y la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales de las comunicaciones electrónicas); la Directiva 85/374/CEE, de 28 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DO L, núm. 210, 7.08.95); la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (DO L, núm. 143/56 30.4.2004), por poner algunos ejemplos.

¹⁵⁸⁵ Vid. S. C. Symeonides, "Rome II and Torts Conflicts; A missed opportunity", *AJCL*, Vol. 56, Núm. 1 (Winter 2008), pp. 173-222; y en el mismo sentido, L. Perreau-Saussine, "Les mal aimés du règlement Rome 2: Les délits commis par voie de media", *Recl. Dalloz*, mayo 2009, pp. 1647-1649.

¹⁵⁸⁶ Aunque si bien podría hablarse un mínimo denominador común en la mayoría de los Estados europeos, ese "estándar paneuropeo" marcado por el CEDH, que va a incidir en el resultado del litigio a través del recurso a las normas imperativas/orden público, pero que a todas luces es insuficiente para hablar de una armonización. Lo que pone en evidencia la necesidad de una reforma de iniciativa comunitaria en esta materia. Cf., T. Thiede y Colm P. McGrath, "Mass Media...", *loc. cit.*, p. 22. En el análisis de los posibles criterios de localización del Derecho aplicable más adecuados para ello, hace referencia a los antecedentes interpretativos del TJUE en la materia, en particular en cuanto a la concreción del criterio "lugar del daño" -del art. 5.3 RBI en el ámbito de la competencia judicial internacional- en el asunto *Shevill* (p. 4). Si bien, no hace referencia alguna al asunto *eDate* y las

obstante, se está ante un nuevo intento para corregir la situación: una propuesta de modificación del RRII –con el objeto de revisar el instrumento comunitario para incluir la materia dentro de su ámbito de aplicación-. Pero hasta que se materialice una regla conflictual uniforme para todo el territorio comunitario –si es que finalmente esto ocurre- la situación actual es bastante complicada. La consecuencia principal de esta ausencia es que para la determinación del Derecho aplicable el tribunal que conozca del caso aplicará las normas de conflicto previstas en su sistema de fuente interna de DIPr. Ello supone que en litigios sobre violación a la intimidad, honor y propia imagen el panorama normativo lo configura las 27 normas de conflicto de los 27 Estados UE. Ha de destacarse la divergencia que existe entre unas normas y otras normas de conflicto con sus distintas soluciones –reglas especiales o remisiones a las normas generales previstas para el Derecho de daños o de responsabilidad civil extracontractual-. Esto se traduce en que para un mismo supuesto, dependiendo del tribunal del foro competente, podrá resultar de aplicación uno u otro ordenamiento jurídico con un resultado, por tanto, potencialmente distinto. A esto ha de añadirse la unificación comunitaria en el sector de competencia judicial internacional en la materia frente a la falta de unificación en el sector de Derecho aplicable, lo que puede plantear más de un problema práctico. Toda vez que, las normas sobre competencia del RBI permiten a la víctima elegir entre los tribunales de varios Estados miembros (lugar de origen o lugar de resultado, en particular, cuando el demandado no tenga su domicilio en el mismo país del lugar del daño)¹⁵⁸⁷, determina que la unificación de las normas sobre ley aplicable sea necesaria para evitar los potenciales riesgos de *forum shopping* en estos litigios. Todo ello se acrecienta en la UE por la aplicación entre los Estados miembros del régimen común de reconocimiento y ejecución de resoluciones del RBI.

12. Además de todo lo anterior, han de añadirse las dificultades que plantea -a la

implicaciones prácticas que esta nueva interpretación del art. 5.3oRBI –o mejor dicho, adaptación al medio virtual de la doctrina *Shevill*- puede conllevar.

¹⁵⁸⁷ Lo que no tiene equivalencia en el sector del Derecho aplicable, toda vez que la mayoría de sistemas de DIPr de fuente interna de los Estados miembros no recoge esta posibilidad de elección de la víctima. Puede verse alguna excepción, como es el caso del art. 26 de la Ley de DIPr Italiana (Ley Nº. 218 del 31 de mayo de 1995), o del art. 139.1º del Código civil suizo. Este último, aunque no es un Estado UE –y en consecuencia no le es de aplicación el RBI- sí es Estado EFTA de tal manera que sí le es de aplicación el Convenio paralelo de Lugano. *Vid.* K. Siehr, “Violation of privacy...”, *loc. cit.*, p. 166.

hora de concretar el Derecho aplicable-, localizar un único Estado concreto¹⁵⁸⁸ cuando la responsabilidad en cuestión se deriva de actos potencialmente ilícitos desarrollados en Internet –por su alcance global-. Aunque en este sentido se han barajado algunas propuestas que parten de la unificación material –desechando la técnica conflictual¹⁵⁸⁹-, desde la perspectiva internacional únicamente se cuenta con la solución conflictual de los sistemas de DIPr autónomo de los Estados miembros. En ausencia de un régimen material uniforme desarrollado, y dada la heterogeneidad desde el punto de vista comparado de los sistemas normativos nacionales –donde las soluciones concretas en esta materia con frecuencia se encuentran vinculadas al alcance que se le atribuye a estos o otros derechos fundamentales-, resultan de gran importancia las normas sobre concreción de la ley aplicable cuando la responsabilidad civil susceptible de enjuiciamiento resulte de actividades desarrolladas en Internet.

13. Desde el punto de vista conflictual la mayoría de los Estados no prevén normas de conflicto especiales para la responsabilidad extracontractual derivada de atentados contra los derechos de la personalidad, por lo que habrá que acudir a sus reglas generales sobre responsabilidad civil extracontractual. A esto ha de añadirse el hecho de que por la mayoría de los Estados incorporan en sus reglas generales el criterio de conexión *loci delicti commissi*; pero al mismo tiempo esto convive con la pervivencia en los sistemas del *common law* de la *double actionability rule*¹⁵⁹⁰. Además,

¹⁵⁸⁸ Generalmente como lugar del daño.

¹⁵⁸⁹ Si bien estos movimientos doctrinales son más patentes fuera del contexto comunitario, se encuentran localizados fundamentalmente en el contexto estadounidense, en relación con el régimen de responsabilidad por actos de difamación en el ámbito interfederal de EEUU. *Vid.* P. A. de Miguel Asensio, *Derecho Privado...*, *ob. cit.*, p. 197 (en particular, la referencia bibliográfica americana de nota nº 175).

¹⁵⁹⁰ Los Estados europeos del *common law* (Reino Unido, Irlanda, Malta y Chipre) han contado tradicionalmente con esta norma de conflicto particular –la *double actionability rule*-. El origen de esta regla se encuentra en tres sentencias inglesas del siglo XIX: *The Halley* (1868), LR 2 PC 1993, *Phillips v. Eyre* (1870), LR 6OB 1 y *Machado v. Fontes* (1897), 2 QB 1. Lo que se ha mantenido como regla general, aunque con variantes introducidas por la jurisprudencia. *Vid.* *Lords Wilberforce y Hodson* en el caso *Boys. V. Chaplin* (1971) AC 356, y por el Privy Council en el asunto *Red Sea Insurance v. Bouygues SA* (1994) 3 All ER 749 (CA). Respecto de la evolución jurisprudencial de la regla, véase P. Rogerson, “Choice of Law in Tort: A missed Opportunity?” *ICLQ*, vol. 44, núm. 3, 1995, pp. 650-658; A. Mayss, “Statutory Reform of Choice of Law in Tort and Delict: A Bitter Pill or a Cure for the Ill?”, *Web J.C.L.I.*, 1996, disponible en <http://www.ncl.ac.uk/~nlawwww/1996/issue2/mayss2.html>. Una visión más

incluso en aquellos países que se opta por el mismo criterio de conexión -la *lex loci delicti commissi*-, éste se reglamenta de forma distinta. Esto es, este criterio suele concurrir irregularmente con excepciones a la regla general, que van desde la posible aplicación de la residencia o nacionalidad común de las partes implicadas, de la autonomía limitada de la voluntad, de la residencia habitual del perjudicado o por la presencia de vínculos más estrechos con la ley de otro país. Al mismo tiempo, la interpretación de esta regla general por los tribunales nacionales resulta divergente. Esto resulta más evidente cuando se trata de atentados de los derechos de la personalidad por medios de comunicación globales, lo que supone que en la mayoría de las ocasiones se estará al mismo tiempo ante daños “a distancia” y plurilocalizados (manifestándose en varios Estados simultáneamente). Esto complica la interpretación uniforme de esta regla e incrementa la inseguridad jurídica entre los sujetos que intervienen en este tipo de relaciones. Si bien, a pesar de estas evidentes divergencias, la mayoría de las normas de conflicto de los Estados miembros coinciden en que emplean el criterio del Estado de destino para localizar el Derecho aplicable.

14. Tras esta visión general del posible panorama normativo de los Estados miembros, en los siguientes apartados se analizarán particularmente las normas de conflicto de distintos Estados miembros aplicables a la materia. Para ello, se agruparán en función de si su sistema de DIPr autónomo prevé o no norma específica para concretar la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios a los derechos de la personalidad.

completa de esta evolución jurisprudencial desde los orígenes puede verse en P. M. North, “Reform, but Non Revolution”, *R. des C.*, t. 220, 1990-I, pp. 206 -256; Dicey, Morris & Collins, *The conflict of laws*, vol. II, Londres, 14ª ed., 2006, pp. 1480 y ss. La *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act* de 1995 (Commencement nº. 2), en vigor desde 1996, eliminó del Derecho inglés la *double actionability* o *el proper law test*, para todos los supuestos privados internacionales del sector extracontractual con excepción de los supuestos de difamación (sección 10). De tal forma que, salvo esta excepción, por los tribunales ingleses aplicando la regla de conflicto *lex loci delicti commissi* (sección 11, con las excepciones previstas en la sección 12) deberán aplicar la *lex causae* correspondiente sin realizar el doble test anterior: que el caso fuera una *tort* (acción por daños) accionable tanto en el Estado de la *lex loci delicti* como en el Derecho inglés.

1.-) Sistemas que contienen normas de conflicto específicas

15. A diferencia de lo que ocurre en el sistema de DIPr español -que no prevé una norma específica- otros países del entorno sí cuentan con normas concretas para localizar la Ley aplicable en los litigios transnacionales por lesión de los derechos de la personalidad. Si bien, las técnicas legislativas utilizadas a tal fin difieren de unos países a otros. En el sistema italiano esta previsión se contiene en el artículo 24 de la Ley de DIPr, Ley N°. 218 del 31 de mayo de 1995¹⁵⁹¹. Este precepto diferencia entre la ley aplicable al contenido y titularidad del derecho de la personalidad (ley nacional del sujeto), de las lesiones a estos derechos, que se regirán por la ley aplicable a la responsabilidad por hechos ilícitos (Artículo 62¹⁵⁹²). En consecuencia, cuando se trata de dirimir sobre la responsabilidad derivada de la lesión a estos derechos se vuelve al criterio *locus delicti commissi*. Esta será la ley del país donde ocurre “el acontecimiento” (lo que debe interpretarse en el sentido del lugar donde el daño se materializa, *locus damni*). Si bien, la víctima puede elegir expresamente la aplicación de la ley del lugar del hecho generador o de origen (*locus delicti*). Además, la norma precisa que cuando en el supuesto de hecho únicamente estén involucrados nacionales de un mismo Estado, resultará de aplicación la ley de la nacionalidad común (de la víctima y del causante del daño, art. 62.2°). De esta forma se cumple con el buscado principio de proximidad en la reglamentación de este tipo de supuestos de tráfico internacional.

16. En Rumania los arts. 112 y 113 de la Ley n° 105/1992 relativa a las relaciones de Derecho internacional privado -ley de 22 septiembre 1992¹⁵⁹³- recogen las

¹⁵⁹¹ Artículo 24: Derechos de la personalidad: 1.- La existencia y el contenido de los derechos de la personalidad se rigen por la ley nacional del sujeto, sin embargo, los derechos que derivan de una relación familiar se rigen por la ley aplicable a esta relación. 2.- Las consecuencias de la violación de los derechos señalados en el párrafo 1 se rigen por la ley aplicable a la responsabilidad por hechos ilícitos. *Vid. Gaceta Oficial de la República Italiana (Gazz. Uff. Repp. It)*, de fecha 3 de junio, núm. 128.

¹⁵⁹² Art. 62: Responsabilidad por el hecho ilícito: 1.- La responsabilidad por el hecho ilícito se rige por la ley del Estado en el cual ocurre el acontecimiento. Sin embargo, la víctima puede pedir la aplicación de la ley del Estado en el cual sucede el hecho generador del daño. 2.- Cuando el hecho ilícito involucre sólo nacionales de un mismo Estado en él residentes, se aplica la ley de ese Estado.

¹⁵⁹³ La versión en francés de estos preceptos puede verse en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, pp.167-

reglas de ley aplicable a la responsabilidad derivada de daños a los derechos de la personalidad (Secc. IX). Esta norma incluye -entre las obligaciones extracontractuales- las acciones de reparación por lesiones de la personalidad (art. 112), utilizando una técnica de reglamentación conflictual con puntos de conexión alternativos a elección del demandante. La cuestión tiene un tratamiento diferenciado en función de la acción que se pretenda ejercitar por la víctima: acción de reparación (art. 112) o derecho de respuesta (art. 113). El art. 112, prescribe que “las demandas para reparar los daños causados a la personalidad por los medios de comunicación, en particular la prensa, la radio, la televisión o cualquier otro medio de información pública, se regirán a elección del perjudicado por: a) La ley del Estado de residencia de la víctima; b) Ley del Estado donde se ha producido el resultado dañoso; c) el Derecho del Estado de residencia del autor del daño o sede en el momento de la producción del daño¹⁵⁹⁴”. Para la aplicación de las opciones contenidas en los apartados a) y b), es necesario que el autor material del daño pudiera prever razonablemente que los efectos de la lesión podrían manifestarse en aquellos Estados. Por su parte, el art. 113 prescribe que el derecho de respuesta por la víctima frente a los daños de la personalidad se someterá a la ley estatal donde se ha publicado la revista o desde donde se ha difundido la información -si el medio utilizado fue la televisión-. Lo más destacable de esta reglamentación son sus ausencias. En primer lugar, únicamente se prevén los supuestos de lesión a estos derechos por medios de comunicación o información pública, sin que esté sancionada regla alguna para el supuesto en el que el daño fuera cometido por un particular. La segunda ausencia más destacable es la limitación de los medios de comunicación previstos para la comisión del ilícito. Se limita esta norma a los medios tradicionales sin hacer -lógicamente por el momento en el que se promulgó la ley- referencia alguna a medios masivos, en particular al medio virtual. Esta ausencia supone la necesaria aplicación por analogía de las reglas previstas, lo que puede no resultar sencillo. En lo que se refiere a la norma contenida para la reparación del daño, la expresión “cualquier otro medio de comunicación” permite encajar sin mayores problemas al medio virtual. Otra cosa es la aplicación de regla del art. 113 cuando fue Internet el medio donde se publicó/difundió el contenido lesivo. Se plantea aquí el problema de concreción del

195 Texto íntegro de la ley 105/92 puede verse, si bien en idioma original, en la página http://www.euroavocatura.ro/legislatie/393/Legea_nr__105_1992,_cu_privire_la_reglementarea_raporturilor_de_drept_international_privat

¹⁵⁹⁴ Traducción nuestra.

lugar de difusión de la información en un medio global, ya que puede ser el Derecho de cualquier Estado donde pudo accederse a la información. Todo ello supone que han de referirse –de nuevo– los problemas que la utilización del criterio de conexión *locus delicti* plantea en el medio virtual.

Presenta elementos similares la solución de ley aplicable prevista en el sistema de DIPr belga para las obligaciones derivadas de difamación, atentado contra la vida privada o contra los derechos de la personalidad. Así, la Ley de belga de Derecho internacional privado de 16 de julio de 2004, en su art. 99.2.1, recoge una regla especial que se traduce en la aplicación, a elección del actor, entre la ley de los lugares del hecho causante y de producción del daño –*locus delicti o locus damni*–, salvo que el imputado establezca la imposibilidad de prever que el daño se produjera en tal Estado –del *locus damni*–; todo ello salvo la apreciación de los vínculos más estrechos (art. 100) o elección de ley aplicable –si bien sujeta a ciertas condiciones por el art. 101–¹⁵⁹⁵.

17. Otro ejemplo de ordenamiento jurídico donde se prevé una norma específica para los derechos de la personalidad es la norma de conflicto contenida en el art. 10 Decreto ley núm. 13/1979 del *Presidium* de la República Popular de Hungría sobre DIPr¹⁵⁹⁶. La primera norma de este precepto utiliza el criterio de la nacionalidad para concretar la ley aplicable a los derechos de la personalidad y, en general, o todos los intereses de la persona en su conjunto¹⁵⁹⁷, dando solución –en su número 2– a los posibles problemas de conflicto móvil que puedan darse con este punto de conexión¹⁵⁹⁸.

¹⁵⁹⁵ Vid. M. Fallon, “La nueva Ley Belga conteniendo el código de derecho Internacional privado”, *REDI*, Núm. LVI-2, Julio 2004, pp. 821-835. (versión en español disponible en <http://international.vlex.com/vid/nueva-ley-belga-conteniendo-codigo-418439>).

¹⁵⁹⁶ Dentro del Capítulo II: Personas, bajo la rúbrica: *El hombre como entidad jurídica*. En *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1980, pp. 174-185 (versión en francés). Texto íntegro disponible (en húngaro) en http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=97900013.TVR

¹⁵⁹⁷ De conformidad con el Art. 10.1, toda la situación personal del hombre y, en general, los intereses y derechos de la personalidad, se regirán en su totalidad por la misma ley: la ley personal.

¹⁵⁹⁸ Para concretar la ley personal parte de un criterio general que puede ser desplazado en según qué casos. La ley personal viene determinada por el lugar de nacimiento, salvo que se trate de peticiones de partidas de nacimiento y durante su tramitación el sujeto ostentara la nacionalidad de otro Estado, en cuyo caso se aplicará el Derecho de ese otro Estado. En este caso, no se aplicaría el art. 11. 2: (“Si una persona tiene más de una nacionalidad, y una de ellas es la húngara, la ley personal será el

No obstante, se recogen distintas reglas dependiendo de la acción judicial que por el perjudicado se pretenda ejercitar, lo que se traduce en un reenvío de primer grado cuando la ley húngara resulte más favorable. Así, “*las reclamaciones derivadas de la infracción de los derechos morales, se regirán por la ley del lugar de administración del derecho en el momento de la infracción; sin embargo, si lo que se reclama es el pago de una compensación o indemnización por los daños o perjuicios causados, se aplicará la ley húngara si resulta más favorable para la reclamación que la ley por la que se rigen estos derechos en su totalidad/conjunto –la ley personal–*” (art. 10.3). La misma tendencia sigue el país vecino –al menos en parte-, ya que el art. 27 (derechos de la personalidad) del Código civil portugués (Decreto N.º 47.344), de 25 de noviembre de 1966¹⁵⁹⁹, determina en su primer número que a los derechos de la personalidad, en lo que respecta a su existencia, tutela y las restricciones impuestas a su ejercicio, les es aplicable la ley personal¹⁶⁰⁰.

18. Fuera del contexto comunitario, pero dentro de Europa, también cuenta con una norma específica Suiza, que se recoge en los artículos 33.2¹⁶⁰¹ y 139¹⁶⁰² de la Ley federal suiza sobre DIPr, de 18 de diciembre de 1987¹⁶⁰³. La norma prevista se refiere expresamente a los atentados de la personalidad realizados por los denominados medios de comunicación sociales (lo que incluye: radio, prensa, televisión y cualquier otro medio de publicar información, lo que permite aplicarla también a Internet). En primer lugar, se prevé la aplicación de la ley del Estado de residencia habitual de la víctima siempre que el autor del daño pudiera prever que los efectos dañosos pudieran manifestarse en ese Estado; o el Derecho del país del establecimiento de la empresa titular del medio de comunicación causante del daño o del domicilio habitual del autor de la lesión; o el Derecho del Estado en el que se ha manifestado el daño -siempre que el

Derecho húngaro”).

¹⁵⁹⁹ Decreto-Ley N.º 47.344, 25/11/1966, actualizado por Ley 59/99 de 30 de junio.

¹⁶⁰⁰ Para el caso de que el sujeto carezca de nacionalidad, se remite a la *lex fori*. “2. *El extranjero o apátrida no goza, sin embargo, de cualquier forma de tutela jurídica que no sea reconocida por la ley portuguesa.*”

¹⁶⁰¹ Que remite a las normas de conflicto previstas para la responsabilidad extracontractual, esto es. Arts 139 y ss. Art. 33.2º: “*In caso di pretese derivanti da lesioni arrecate alla personalità, si applicano le disposizioni della presente legge in materia di atti illeciti (art. 129 segg.)*”.

¹⁶⁰² Vid. Art. 139.1º (*loc. cit.*).

¹⁶⁰³ Vid., RDIPP, 1989, pp. 196-237, y *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1995, p. 630.

autor del daño pudiera haber previsto que el efecto dañoso pudiera manifestarse en ese país- (art. 139.1º regla primera). Ahora bien, la autonomía conflictual de las partes se configura en este sistema como criterio de conexión principal, ya que si las partes así lo acuerdan será (como primera opción) la ley elegida por las partes la aplicable – desplazando el resto de puntos de conexión-¹⁶⁰⁴.

19. Puede observarse tras este análisis que, al menos en lo que se refiere a la titularidad y contenido/límites de estos derechos, los distintos sistemas jurídicos manejados optan fundamentalmente entre los criterios de conexión: nacionalidad y/o residencia habitual de la víctima. Estos criterios pueden resultar adecuados siempre que se den los requisitos necesarios de previsión para el demandado (lo que no se recoge en todos los sistemas) y se permita el recurso a la cláusula de escape de los vínculos más estrechos¹⁶⁰⁵. Por otro lado, la residencia habitual como punto de conexión en estos supuestos de hecho, también es recurrente fuera del ámbito europeo. Como así ocurre en el DIPr japonés, donde la *Act on General Rules for Application of Laws* contiene una norma específica para concretar esa Ley aplicable en su art. 19. Este precepto establece que el Derecho aplicable a la intromisión derecho al honor ser el de la residencia habitual de la víctima¹⁶⁰⁶.

2.-) Sistemas que carecen de regla específica

20. En el mismo contexto comunitario también es posible encontrar países que, al igual que en caso de España, no prevén solución de ley aplicable específica para esta materia -lo que puede complicar la operación¹⁶⁰⁷-. El panorama normativo existente es

¹⁶⁰⁴ La elección del Derecho aplicable se configura como criterio de conexión principal, no sólo en materia contractual sino también extracontractual (art. 132 de la Ley de DIPr suiza).

¹⁶⁰⁵ Aunque en estos casos siempre queda pendiente ese margen de apreciación del tribunal.

¹⁶⁰⁶ La traducción inglesa manejada está publicada en la página de "Private International Law Association of Japan", disponible en http://wwwsoc.nii.ac.jp/pilaj/text/tsusokuho_e.htm. Desde hace poco está disponible también la traducción no oficial en la web del Ministerio de Justicia (26 de mayo de 2011) <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/?re=02> .

¹⁶⁰⁷ No sólo por la neutralidad de las posibles soluciones de ley –dado que el supuesto de hecho utilizado debe ser tan amplio que permita encajar el mayor número de supuestos posibles – mediante calificación *ex lege fori*-. Para ello, se utilizan términos tales como obligaciones extracontractuales, el estatuto delictual o similares, lo que no contribuye precisamente a aplicar la ley más

muy variado, puesto que junto con el recurso generalizado a la regla general *locus delicti* – el cuál se puede interpretar de manera diferente por la jurisprudencia nacional de cada Estado miembro¹⁶⁰⁸ - se prevén por los ordenamientos nacionales de los Estados comunitarios muy diversas excepciones (que operan de manera muy diversa: alternativa, subsidiaria, en cascada, y bajo circunstancias distintas). Se van a analizar alguno de ellos a modo de ejemplo para que quede constancia de lo variopinto del tratamiento nacional. En el caso de Austria, su Ley de DIPr de 1978 no prevé regla especial para el caso de difamación por lo que habrá que estar a las reglas generales en materia de daños (estatuto delictual). Concretamente, el art. 48 de la Ley remite a la ley del Estado del comportamiento causal, salvo que presente el asunto vínculos más estrechos con otro país, o las partes hayan elegido, expresa o tácitamente, un Derecho aplicable (art. 35)¹⁶⁰⁹. De tal forma que la aplicación del *locus delicti* es residual, únicamente en defecto de ejercicio de la autonomía conflictual por las partes, y siempre que no haya otro ordenamiento jurídico mejor posicionado por su estrecha/s conexión/es con el supuesto.

De la misma manera, no se recoge previsión específica en la legislación de los Países Bajos. Por lo que las reglas generales previstas en materia de daños van a ser las

próxima al supuesto. Pero también por la pluralidad de criterios de conexión que pueden utilizarse para ello y su funcionamiento (concurrentes, alternativos, subsidiarios, etc.). En consecuencia, los posibles resultados pueden diferir con mucho en función del cuál sea el tribunal del foro y su sistema de DIPr.

¹⁶⁰⁸ En el caso de Francia la doctrina y jurisprudencia se encuentra dividida a la hora de concretar la ley aplicable a los daños derivados de la publicación/difusión de contenidos lesivos. Por un lado la jurisprudencia parece inclinarse por la aplicación de la ley del lugar de difusión cuando se trata de difamaciones a través de prensa, entendiendo que es éste el lugar de realización del daño. En cambio, por otro lado, la doctrina opta por la aplicación del criterio “domicilio/residencia habitual de la víctima” (*Vid.* P. Mayer y V. Heuzé, *Droit international Privé*, París, 8a ed., 2004, p. 506). En este último caso, este criterio facilita esta operación –localización de la ley aplicable–, ya que en principio resulta sencillo averiguar cuál es ese lugar, con independencia del medido utilizado para la comisión del daño, aunque se tratara de un medido de difusión global como Internet (lo que no puede decirse del criterio jurisprudencial, que es claramente limitado). Cuando se está ante medios de comunicación/publicación/difusión globales ese “lugar de difusión” es múltiple, incluso mundial. Por lo que necesariamente necesita de una concreción posterior más detallada, lo que elimina *a priori* la necesaria previsibilidad.

¹⁶⁰⁹ Sólo en defecto de esta elección se aplicará el criterio lugar donde se produce la conducta generadora del daño.

que determinen la ley aplicable en estos supuestos. Estas reglas se concretan, en primer lugar, en la aplicación de la ley elegida por las partes¹⁶¹⁰, en su defecto, en la ley de la relación jurídica que una a las partes y, consecutivamente, en la ley del Estado de residencia habitual común, en el *locus damni* -si era previsible para el imputado- y, en última instancia, en la aplicación de la ley del Estado donde tuvo lugar el hecho causal (origen). En Alemania, la reforma de la *EGBGB* de 1999 tampoco previó normas especiales en esta materia. De tal forma que -al igual que en los anteriores casos- hay que acudir a las reglas generales en materia de obligaciones extracontractuales (arts. 40-42). De lo anterior se deriva la aplicación de la ley de residencia habitual común al agente del daño y víctima en el momento del evento dañoso¹⁶¹¹ o, en su defecto, la del lugar de actuación del imputado -*locus acti*-, salvo que el demandante opte por la del lugar de manifestación del daño -*locus damni*-, pero siempre dejando a salvo la posibilidad de alegar los vínculos manifiestamente más estrechos con la ley de otro país. También se admite la autonomía conflictual para la determinación de la ley aplicable pero sujeta a ciertas condiciones¹⁶¹².

En estos dos últimos ejemplos puede observarse que existe una aproximación común: la previsión del criterio residencia habitual y/o nacionalidad común de las partes. Esta previsión responde a razones de proximidad del litigio con este Estado. Pues en principio la ley de residencia habitual común es la mejor situada para resolver sobre la cuestión, ya que presenta los vínculos más estrechos con la relación -al ser el lugar común donde ambas partes desarrollan su vida y sus actividades y, en consecuencia, el Derecho que conocen y al que confían, por un lado, la protección de

¹⁶¹⁰ El art. 6 de la ley de DIPr de la responsabilidad extracontractual de los Países Bajos permite a las partes como primera opción elegir el Derecho aplicable -criterio que sustituye a la regla general del lugar del daño del art. 3-.

¹⁶¹¹ Cuando se trate de sociedades, asociaciones o persona jurídicas, se considera que su residencia habitual es el lugar en que se encuentra su administración central o si se trata de una sucursal, en el lugar donde está situada (art. 40.2 EGBGB). *Vid.* K. Fach Gómez, “La nueva regulación...”, *loc. cit.* pp. 288-289.

¹⁶¹² *Ibid.* p. 290. Una tendencia similar se observa en el sistema esloveno. La Ley de 1999, tampoco reglamenta norma especial en la materia. Ante esta ausencia resulta de aplicación, según su art. 30, la Ley del acto causal, salvo que la ley del lugar donde se manifestó el resultado le sea más favorable para la víctima y fuera previsible para el imputado y, por supuesto, siempre salvo vínculos más estrechos. (*Vid.* J. J. Álvarez Rubio (director), *Difamación y protección...*, *ob. cit.*, pp. 180 y ss).

sus derechos de la personalidad y, por otro, la protección de su actividad informadora-. Además, este criterio evita los problemas que plantean los ilícitos a distancia, por un lado, y los ilícitos plurilocalizados, por otro, puesto que permite concretar un único Derecho aplicable a todos los daños. Hay más ordenamientos jurídicos que utilizan este vínculo de residencia habitual común, e incluso en algunos de ellos aparece junto al criterio de la nacionalidad común –si bien se conjugan de manera distinta-. En el Derecho italiano¹⁶¹³ cuando el hecho ilícito implique sólo a ciudadanos de un mismo Estado que tengan, a su vez, residencia en ese mismo Estado, se aplicará la ley de ese Estado¹⁶¹⁴. Esta conexión especial prevalece sobre la regla general del 62.1 (por lo tanto excepción), según la cuál la víctima puede elegir entre la aplicación de la ley del Estado donde se ha verificado el hecho dañoso (lugar de resultado) o donde se ha verificado el hecho que ha causado el daño (lugar de origen). En la misma línea que el sistema italiano se encuentra el Derecho polaco que exige la concurrencia cumulativa de la residencia habitual y la nacionalidad común de las partes en el mismo Estado –en cuyo caso éste primará sobre la regla general de la ley del estado donde se verificó el acto del que deriva el daño-¹⁶¹⁵. Finalmente, en esta misma aproximación se encuentra el sistema de DIPr portugués, donde de conformidad con el art. 45.3 de su Cód. Civil prevalece sobre la regla general –*lex loci delicti commissi*- la ley del Estado de nacionalidad común entre las partes. Únicamente en ausencia de nacionalidad común el factor residencia habitual común pasa a tener relevancia como regla especial.

21. Hay sistemas de DIPr. de fuente interna dentro de los Estados miembros que resultan particularmente complicados en esta materia. En contraposición con la tendencia que se observa en los países continentales en los que la cuestión se somete a un único Derecho –al que concrete la norma de conflicto aplicable en cada caso-, en los países pertenecientes al *common law* –como es el caso del Reino Unido, Irlanda o Malta

¹⁶¹³ Párrafo segundo del art. 62 de la Ley nº 218 de DIPr.

¹⁶¹⁴ Esta regla especial exige la concurrencia de ambas circunstancias para desplazar la regla general, y así garantizar que se aplica la ley más claramente conectada al supuesto. Por tanto, esto responde a un criterio de proximidad que, en principio, favorece a ambas partes –pues será el ordenamiento jurídico más familiar para ambas partes-. *Vid.*, T. Ballarino/ A. Bonomi, *Diritto Internazionale Privato*, 3ª ed., Padova, 1999, pp. 696-697; F. Pocar, (et al), *Commentario del nuovo Diritto internazionale privato*, Padova, 1996, pp. 312-313.

¹⁶¹⁵ *Vid.*, J. J. Álvarez Rubio (director), *Difamación y protección...*, *ob. cit.*, p. 185.

- es necesario que se someta al análisis de dos leyes distintas en los casos de difamación internacional: la *lex fori* y la *lex loci delicti* –como regla general, salvo vínculos más estrechos¹⁶¹⁶-. Esto es consecuencia directa de la vigencia de la *double actionability* (o el *proper law test*), en esta materia¹⁶¹⁷. Esta particularidad aconseja un análisis más detallado del sistema inglés. En el Derecho inglés la regla general para concretar el Derecho aplicable a los *Torts* –daños extracontractuales- es el *locus delicti*, si bien, cuando se trate de un supuesto de difamación, no es suficiente con que según la *lex causae* el daño exista, sea resarcible –y, en consecuencia se derive responsabilidad exigible al demandado- sino que además debe analizarse el caso a la luz del Derecho del foro. De tal manera que es necesario para que pueda resolverse el litigio ante los tribunales ingleses que se trate de un daño procesable según el Derecho inglés –además de serlo según la *lex loci delicti*-. En consecuencia, el primer paso que se plantea el tribunal inglés es determinar si existe o no daño –según su propio Derecho y según la *lex causae*-. Ahora bien, esto puede ser complicado si los acontecimientos relevantes tuvieron lugar en varios Estados. Para concretar la *lex causae* –como *locus delicti*- la sec. 11 de la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*, distingue entre tres tipos de daños: corporales, patrimoniales y el resto de daños –donde encajaría los daños por lesiones a los derechos de la personalidad-. En este último caso, la ley aplicable será la del lugar en el que se produjo el elemento o elementos más significativos. Esta regla requiere un trabajo de averiguación comparativa por el tribunal –esto es, someter el asunto a un test comparable al *the proper law* ¹⁶¹⁸-. Todo ello

¹⁶¹⁶ La secc. 10 de la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*, abolió el *double-actionability test*, y la sec. 11 consagra la regla de la *lex loci delicti* sujeta a la excepción prevista en la secc. 12 (*if the "factors relating to the parties" or "any of the events which constitute the tort" show that this other law will be substantially more appropriate*). Esta cláusula de excepción abre la puerta a la *proper law* -lo que podría asimilarse al criterio de los vínculos más estrechos del 4.3 RRII, ya que supone el desplazamiento de la *lex loci delicti* por la ley substantivamente más apropiada a la luz de las circunstancias particulares del caso-.

¹⁶¹⁷ Respecto de la evolución jurisprudencial de la regla, véase P. Rogerson, “Choice of Law...”, *loc. cit.*, pp. 650-658; A. J. Mayss, “Statutory Reform of Choice...”, *loc. cit.*; A. Mayss, “Statutory Reform of ...”, *loc. cit.* Una visión más completa de la evolución jurisprudencial de esta regla desde sus orígenes puede verse en P. M. North, “Reform, but Non Revolution”, *loc. cit.*, pp. 206 y ss.; Dicey, Morris & Collins, *The conflict of ...*, Vol. II, *ob. cit.*, , pp. 1480 y ss.

¹⁶¹⁸ En este sentido, véase los asuntos *Multinational Gas and Petrochemical Co. v Multinational Gas and Petrochemical Services Ltd.* (1983) Ch 258; y *Metall und Rohstoff AG v Donaldson Lufkin & Janrette Inc.* (1990) 1 QB 391.

siempre salvo que el caso presente vínculos más estrechos con otro ordenamiento jurídico –*most significant relationship*-¹⁶¹⁹.

3.-) Potencial repercusión de la unificación europea

22. Habiendo expuesto -a grandes rasgos- las notables diferencias que existen entre los distintos sistemas nacionales en el tratamiento de esta materia, puede sintetizarse como conclusión que la regla *lex loci delicti commissi* –en sus diversas expresiones y con sus distintas interpretaciones¹⁶²⁰- es la que mayor presencia tiene en los sistemas de DIPr de fuente interna de los Estados miembros en el ámbito de la responsabilidad extracontractual derivada de actos contra los derechos de la personalidad. Pero además, en algunos de ellos se han incorporado excepciones a esta regla general¹⁶²¹. Entre las distintas opciones manejadas algunos ordenamientos jurídicos admiten –si bien cuando concurren ciertas circunstancias- el juego de la autonomía de la voluntad de las partes en la elección del Derecho aplicable, otros priman la conexión de la residencia habitual y/o de la nacionalidad de las partes como punto de conexión¹⁶²², prevén la aplicación de la ley del lugar de residencia habitual de la víctima, prevén una cláusula de escape sobre la base de los vínculos más estrechos con otro país, o,

¹⁶¹⁹ Vid. Dicey, Morris & Collins, *The conflict of...*, ob. cit., pp. 1957 y ss.

¹⁶²⁰ En este sentido, aunque no viene referido a publicaciones por medios de comunicación o medios de difusión de materiales lesivos, resulta interesante un caso planteado mediante ejercicio de acción judicial colectiva por organizaciones contra el racismo y judíos francesas contra la empresa americana Apple, por considerar que una de sus aplicaciones resultaba atentatoria contra su honor/dignidad – la aplicación denominada “*Jewish or Not Jewish*”- . Aunque finalmente se ha retirado la acción por lo demandante –ya que no solo ahora es inoperativa tal aplicación en Francia y en todo el mundo sino que se ha sido retirada del mercado por Appel. Desde una perspectiva conflictual este asunto resulta muy relevante. Pues alegando la violación de un único ordenamiento –el francés, ante sus propios tribunales- ha traído como consecuencia que una de las corporaciones más grandes en el mundo – americana- deba retirar el producto por todo el mundo. Esta noticia y otras relacionadas con la materia puede verse en el artículo de G. Cuniberti, “French Plaintiffs Drop Jewish or Not Jewish App Lawsuit” (28 de Noviembre de 2011), publicado en *Conflict of Law.net* (<http://conflictoflaws.net/2011/french-plaintiffs-drop-jewish-or-not-jewish-app-lawsuit/>).

¹⁶²¹ Aunque hay otros Derechos para los que esta regla se aplica sin dejar margen a excepciones, vid. T. Kadner Graziano, *La responsabilité...*, ob. cit., pp. 41-43.

¹⁶²² Esta es otra de las excepciones que se repite más en los sistemas autónomos de los Estados miembros. *Ibid.*, pp. 35-37.

finalmente, reconocen en algunos casos cierto papel al Derecho del foro¹⁶²³.

Este mapa normativo tan variado podría quizá matizarse –al menos en tanto que no exista norma de conflicto comunitaria armonizada-, en lo que respecta a la interpretación y aplicación del criterio *locus delicti*. Todos los Estados comunitarios están obligados hoy por el RBI y por la correspondiente jurisprudencia interpretativa del TJUE. En este sentido, resulta relevante la interpretación del criterio *locus delicti* por el TJUE (art. 5.3 RBI). Aunque la concreción de este criterio se ha realizado en el campo de la competencia judicial internacional, debería quizá tenerse en cuenta por los Estados miembros en aplicación de su sistema autónomo de DIPr –al menos, en tanto en cuanto no exista armonización en el sector de Derecho aplicable-. Es bien conocida la necesidad de interpretar el RRII a la par que el RBI para que exista una verdadera armonización comunitaria - dada la correspondencia *forum-ius*- y, aunque esta materia está excluida del RRII, sí está armonizada desde el punto de vista de la CJI por el RBI para toda la UE¹⁶²⁴. De esta forma, se mitigara, en parte, la divergencia del tratamiento nacional de la materia, en particular respecto de aquellos Estados que hayan optado por este criterio sin concretar si se trata del lugar de origen/lugar de resultado¹⁶²⁵.

Podría extrapolarse, con tal objeto, la vigente doctrina *Shevill* adaptada a la competencia legislativa. Su aplicación tendría como consecuencia la remisión a tantos ordenamientos jurídicos aplicables como *locus damni* haya: todos aquellos lugares de difusión/publicación de la información o contenido presuntamente lesivo. Y se aplicarían esos distintos ordenamientos jurídicos con igual carácter limitado: exclusivamente para valorar la existencia del ilícito, su alcance, consecuencias y cuantificación del daño ocasionado en esa jurisdicción. Pero al mismo tiempo, sería igualmente aplicable el ordenamiento jurídico del lugar del establecimiento del editor y el del domicilio general del demandado, si bien -en estos casos-, respecto de todos los daños ocasionados. No obstante, la doctrina *Shevill* resultaría únicamente aplicable para

¹⁶²³ Vid. J. Dolinger, “Evolution of Principles...”, *loc. cit.* pp. 485 y ss.

¹⁶²⁴ Más aun cuando la falta de armonización por la exclusión de la materia del ámbito del RRII, ha sido tan criticado y existen actualmente propuestas para su inclusión.

¹⁶²⁵ Ya sea como regla específica para la responsabilidad derivada de los daños causados a los derechos de la personalidad, o por remisión general al estatuto delictual en caso de ausencia de norma específica.

aquellos supuestos en los que la lesión de los derechos de la personalidad se hubiera producido por la publicación/difusión de información por medios de comunicación tradicionales, toda vez que esta doctrina ha sido actualizada recientemente por el Tribunal de Justicia –con la sentencia *eDate advertising*- para su adaptación al medio virtual. La aplicación de esta última –por analogía como criterio de competencia legislativa– resultaría más compleja que en el caso anterior –y, como se verá, poco recomendable-. Con la nueva interpretación del criterio “lugar del daño” cuando el medio de difusión es Internet –todos los países en cuyo territorio el contenido lesivo publicado en Internet sea o haya sido accesible - los posibles ordenamientos jurídicos aplicables se multiplicarían sin limitaciones¹⁶²⁶. A esto habría que añadirse que se mantiene en este caso la fragmentación de la competencia –solo por los daños causados/sufridos en esa jurisdicción-. Esta aproximación no solo no ayudaría al propósito de seguridad o previsibilidad que se busca sino que lo empeoraría (de tal manera que no resultaría recomendable la aplicación analógica del criterio *locus damni* - en los términos establecidos en *eDate*- a los efectos de concretar el Derecho aplicable). Si bien, con *eDate* se añade una posibilidad a la víctima que resulta interesante (como consecuencia de la una interpretación más extensa del criterio *locus delicti* del 5.3 RBI¹⁶²⁷): la posibilidad de litigar en el Estado donde tenga su centro de intereses con competencia ilimitada. Esta opción, para los propósitos que ahora se plantean, podría resultar interesante en tanto que generalmente este lugar coincidiría con el de su residencia habitual lo que –en principio- sería fácilmente conocible por el posible demandado –por lo que se cumpliría con las exigencias de previsibilidad-.

Otra posibilidad sería que la interpretación del criterio *locus delicti commissi* se haga de conformidad con lo previsto en el RRII, esto es, entenderlo exclusivamente referido al lugar de resultado del daño (Estado de destino, art. 4 RRII). Dado que la exclusión material de los daños a los derechos de la personalidad del RRII no viene en realidad determinada tanto por el objeto o bien jurídico protegido -ya que puede

¹⁶²⁶ Ya que no se establece ningún otro criterio adicional de conexión con esas jurisdicciones para reconocer su competencia

¹⁶²⁷ Manteniendo los fueros de competencia ilimitada ya recogidos en *Shevill*: foro general del domicilio del demandado – común para todas las materias no excluidas, art. 2 RBI- y, como *locus delicti*, el Estado del establecimiento del editor, si bien, ahora adaptado al medio como lugar del establecimiento del emisor de los contenidos.

soslayarse esa exclusión, por ejemplo, cuando el titular del bien jurídico “reputación” es una persona jurídica y el acto dañino puede calificarse como denigrante y así encajar dentro de la competencia desleal (art. 6 RII)-, sino por la incidencia mediática de la información personal. En cualquier caso, cuando el medio utilizado para la diseminación de los contenidos potencialmente lesivos sea Internet, la concreción de este criterio en consonancia con el RRII –*locus damni*- supondría irremediabilmente la aplicación distributiva –concurrente- de las leyes de todos los Estados donde se difundió el contenido (mosaico) por el foro. De tal manera que en estos supuestos particulares, tal vez otras opciones pudieran ser más razonables, como por ejemplo la aplicación de la ley donde se produce el daño principal.

III.- Propuestas de unificación y revisión del Reglamento Roma II: los derechos de la personalidad y el criterio *lex loci delicti*

1.-) Fundamentos de la unificación europea

23. Superada ya la primera de las cuestiones que se planteaban sobre la comunitarización de la materia -si debería o no seguirse con el proceso de armonización iniciado en el campo de las obligaciones civiles no contractuales, extendiéndolo al ámbito de los violaciones contra derechos de personalidad¹⁶²⁸-. El siguiente paso era

¹⁶²⁸ Ahora bien, también hay sectores doctrinales que abogaban por el mantenimiento del *status quo* de la materia en el contexto comunitario al menos por ahora, por varios motivos. En primer lugar, por considerar que el objetivo que se busca con esta armonización conflictual es evitar el libel turismo, si bien, para ello aunque resulta esencial la correlación *forum-ius*, con una reglamentación adecuada de los posibles fueros de competencia -con suficiente conexión con el foro, en particular en supuestos verificados en la red-, se cumpliría con este objetivo, mientras que cualquier reglamentación nueva conflictual podría generar nuevos problemas ahora no presentes -y exacerbar lo ya existentes- (por ejemplo, resultando de aplicación una *lex causae* para una publicación eminentemente local-. En segundo lugar, porque la revisión del RBI parece que recomienda esperar a ver cómo se materializa finalmente para que exista una coordinación entre instrumentos. Y, por último, por considerar que los instrumentos comunitarios e internacionales (CEDH fundamentalmente) suscritos por los Estados miembros garantizan suficientemente los derechos en juego y cualquier reglamentación supondría inclinar la balanza de un lado u otro. En este sentido puede verse A. Dickinson, “Privacy and Personality Rights in the Rome II Regime - Not Again?”, publicado el 19 de julio de 2010 en Conflict of law. Net, <http://conflictoflaws.net/2010/privacy-and-personality-rights-in-the-rome-ii-regime-not-again/>. Por su parte, M. George (“Hartley on The Problem of “Libel Tourism”, publicado el 19 de julio de 2010 en

decidir qué método es el más adecuado para tal fin y, en particular, si la unificación de normas de conflicto era una solución realizable y satisfactoria. Una vez que parece que se ha optado por esta segunda postura: la unificación de la regla de conflicto –al menos teniendo en consideración la iniciativa legislativa de la eurocámara para la revisión del RRII- habrá que dilucidar cuál/es son los criterios de conexión que pueden resultar más adecuados. Ha de buscarse una solución neutral que sea capaz de conseguir el equilibrio entre los intereses en juego y que consiga el necesario consenso.

24. Estas consideraciones que son comunes para todas las materias pueden precisarse para ésta en particular. En este sentido, antes de abordar las distintas propuestas e iniciativas que se han planteado con este objetivo –unificar una solución de ley aplicable para la materia a nivel comunitario-, ha de plantearse previamente qué expectativas deberían cumplirse –o al menos tenerse en consideración- a la hora de decidir el criterio por el que finalmente se opte. En todos los supuestos de difamación en los que la información o contenido difamante se disemina en un Estado –o Estados en caso de utilizar un medio de difusión ubicuo- pero la reputación del perjudicado –que se lesiona- se localiza en otro Estado distinto, las normas de conflicto que deben concretar el Derecho aplicable deben establecerse con el fin de conseguir dos objetivos fundamentales. Por un lado, favorecer la previsibilidad y la seguridad jurídica para las partes y, en segundo lugar, la aplicación de la ley de la jurisdicción que se encuentre más estrechamente vinculada al supuesto¹⁶²⁹. En consecuencia, no debería aplicarse ningún ordenamiento nacional que careciera de conexión substantiva con las

Conflict of law. Net, <http://conflictoflaws.net/2010/hartley-on-the-problem-of-libel-tourism/>). Analiza las que desde su punto de vista constituyen las dos posibilidades que existen para conseguir el objetivo a nivel comunitario -la eliminación del “libel turismo”-: la armonización sustantiva o el establecimiento de una norma de conflicto uniforme (con los problemas de aproximación que existen por los intereses encontrados). Ahora bien, dada la correlación esencial con la jurisdicción y en vista de la revisión pendiente del RBI también aconseja que cualquiera que sea la opción la iniciativa legislativa espere a la modificación definitiva del RBI.

¹⁶²⁹ Vid., A. Dickinson, *The Rome II...*, ob. cit., §1.11 (p. 10). La postura inglesa al respecto puede verse en secc. 11 *Private International Law* (Miscellaneous Provisions) Act 1995 (PILA); *Morin Vv Bonhams & Brooks Ltd* [2004] EWCA Civ 1802; [2004] 1 Lloyd’s Rep 702, [16] (Mance LJ, EWCA). Una crítica a esta aproximación legislativa con análisis particular de distinta jurisprudencia en la materia puede verse en J. Harris, “Choice of law in torts: blending in with the landscape of the conflict of laws”, 1998, 61 *Mod. L. Rev.*, pp. 33-101.

circunstancias del caso¹⁶³⁰.

Esto resulta especialmente relevante cuando la lesión a estos derechos se produce en la red. Cuando el medio utilizado para difundir los contenidos difamantes es Internet, la generalidad de sistemas de DIPr no establecen su competencia judicial internacional ni su competencia legislativa utilizando reglas específicas, sino que se aplican criterios territoriales –tales como el *locus delicti*- que al aplicarlos al medio virtual de manera automática presentan importantes problemas –principalmente la multiplicidad de sistemas potencialmente aplicables al mismo supuesto-. Ante esta pluralidad de ordenamientos posiblemente aplicables, es necesario concretar una única ley de manera previsible para todos los que operan en Internet. En caso contrario, esta situación podría conducir a que se derivaran responsabilidades imprevistas para los sujetos que actúen en Internet, que pudieran ser exigidas en función de alguna de esas leyes concurrentes. En este sentido, el desarrollo en la red de las actividades de los medios de comunicación social -medios digitales o versiones digitales de los medios tradicionales- podría estar sujeta a distintos estándares de protección dependiendo de la ley aplicable: potencialmente todos y cada uno de los ordenamientos de los Estados donde la difusión llega. En este contexto, difícilmente el medio podrá cumplir todos los estándares de diligencia que cada una de los sistemas exige para evitar responsabilidades -en particular en materia de difamación-. Con el objeto de mitigar tal peligro, se ha propuesto¹⁶³¹ el establecimiento de fronteras en este medio (*virtual borders*) que limiten las posibles responsabilidades a las que tengan que hacer frente evitando su exposición a leyes sobre difamación más restrictivas que las previstas en el Estado de origen.

25. De todo lo anterior se desprende la importancia de contar con normas uniformes para la determinación de la ley aplicable, cuando se refiere a responsabilidades derivadas de actividades en Internet -con repercusión en una pluralidad de Estados, dentro y fuera de la UE-. En consecuencia, el vacío que la

¹⁶³⁰ Cf. T. Thiede y Colm P. McGrath, “Mass Media...”, *loc. cit.*, p. 2.

¹⁶³¹ Principalmente por los editores estadounidenses que desarrollan su actividad en la red. Ya que el sistema de responsabilidad establecido en el Derecho estadounidense es mucho más laxo -en términos generales- que los ordenamientos jurídicos europeos, al prevalecer la tutela a la libertad de expresión e información sobre los derechos de la personalidad.

exclusión de la violación de la intimidad y de otros aspectos relacionados con los derechos de la personalidad –en particular la difamación- del RRII se hace más llamativo y reclama una solución. Además, el RRII está –desde su publicación y entrada en vigor- destinado a reformarse (véase art. 30). Aunque las reformas recomendadas por el propio instrumento optan por mantener la técnica conflictual dentro de la UE para esta materia, éstas podrían ser completadas también con iniciativas de armonización de Derecho sustantivo –lo que se sostiene sobre todo por aquellos partidarios de un Código Civil Europeo¹⁶³²–.

No puede obviarse, además, que la materia sí se encuentra unificada a nivel comunitario en el sector de CJI ya que no está excluida del RBI. Por lo que la coherencia en la acción conjunta europea en el ámbito de la justicia y libertad exige que las instituciones comunitarias tomen cartas en el asunto lo antes posible¹⁶³³. De tal manera que la estructura del RRII está condicionada por su función en la codificación sectorial –obligaciones extracontractuales- del Derecho aplicable en el ámbito comunitario, y esta norma debe coordinarse con el resto de instrumentos comunitarios – e internacionales- que coexisten en las materias afectadas dentro de su ámbito de aplicación¹⁶³⁴. Y en este sentido debe realizarse la posible modificación del RRII a la hora de ampliar su ámbito material de aplicación a este tipo de obligaciones extracontractuales. En particular, teniendo en consideración la necesaria interrelación entre la posible regla de conflicto que se prevea en el RRII en la materia y las provisiones especiales de competencia del RBI por los Estados miembros. Más aun con la reciente sentencia del TJUE dictada en el asunto *eDate advertising* que ha establecido nuevos criterios interpretativos de la conexión “lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso” del art. 5.3 –con distinta extensión de la competencia- cuando el contenido lesivo de los derechos de la personalidad hubiera sido

¹⁶³² Vid. las conclusiones sobre el proceso legislativo del RRII de A. Dickinson, *The Rome II...*, ob. cit., donde concluye que en este sentido el Reglamento debería ser, en definitiva, una parada en lo que es actualmente “un viaje muy largo” hacia la codificación comunitaria (p. 61).

¹⁶³³ En este sentido, puede entenderse que la reciente STJUE en el asunto *eDate* (loc. cit.) ha forzado la situación, ya que por el Parlamento se ha presentado seguidamente una iniciativa parlamentaria de reforma del RRII para incluir esta materia.

¹⁶³⁴ Vid. G. Hohloch, “Place of Injury. Habitual Residence. Closer Connection and Substantive Scope: the Basic Principles”, *YPIL*, 2007, pp. 1-18, en esp. pp. 1-6.

publicado/difundido por Internet¹⁶³⁵. Dejando al margen el resto de supuestos cometidos a través de medios de comunicación tradicionales, en los que sigue vigente la doctrina *Shevill*.

26. Si finalmente se aplica el RRII a esta materia, este instrumento será el que determine Derecho aplicable a todas las demandas por difamación -y en general, a los atentados a los bienes de la personalidad- que conozcan los tribunales de los Estados miembros, aunque la competencia judicial internacional continuará siendo reconocida en favor de cualquier país donde el contenido sea accesible (*eDate Advertising*). En este sentido, el RRII presenta una oportunidad para se adopte un estándar más claro y justo de cómo abordar demandas por difamación frente a editores extranjeros en el contexto virtual desde el punto de vista del Derecho aplicable¹⁶³⁶. Siguiendo esta lógica, si no se quiere renunciar a la utilización de la regla clásica –lugar del daño- ésta debería de acompañarse de otras reglas supletorias o subsidiarias lo suficientemente flexibles para poder abarcar eficazmente todas las posibles situaciones que puedan darse en la práctica cumpliéndose con los objetivos propuestos. Así mismo, todos los problemas de delimitación que se han expuesto por la doctrina¹⁶³⁷ derivados de la falta de previsión de límites en su aplicación -en relación a terceros Estados no UE-, serían plenamente extrapolables aquí, pero aún con mayor incidencia por la especial sensibilidad de la materia. En particular, ha de referirse los potenciales conflictos¹⁶³⁸ de jurisdicción y de

¹⁶³⁵ Vid., Jan-Jaap Kuipers, “Towards a European Approach in the Cross-Border Infringement of Personality Rights”, *Ger. L. J.*, Vol. 12, No. 8, 2011, pp. 1681-1706

¹⁶³⁶ Vid. M. George, “Rome II” and the Choice of Law for Defamation Claims, publicado en conflictoflaw.net (25 de enero de 2007), (<http://conflictoflaws.net/2007/rome-ii-and-the-choice-of-law-for-defamation-claims/>). Donde puede verse una análisis comparativo de la aproximación europea y estadounidense de la cuestión del Derecho aplicable a las difamaciones transfronterizas desde el punto de vista conflictual antes de la adopción del RRII -fundamentalmente basada en los criterios del lugar del daño y el lugar de la publicación, respectivamente. Si bien, este estudio se realizó durante el proceso de adopción de este instrumento antes de la exclusión definitiva de esta materia. Precisamente durante la tramitación se puso de relevancia la dificultad de llegar a un acuerdo en atención a los intereses en presencia (de los medios de comunicación -editores- y las víctimas de difamación).

¹⁶³⁷ Vid. G. Biehler, “The Limits of...”, *loc. cit.* pp. 277-288.

¹⁶³⁸ En lo que respecta a los posibles conflictos de jurisdicción con terceros Estados, *vid. ibid.*, pp. 279 y ss. Donde analiza la incidencia del RRII en terceros países, en lo que respecta a la ley aplicable y el reconocimiento de sentencias extranjeras- en relación con los ordenamientos, los tribunales y los Estados que no están sujetos al Derecho comunitario –terceros países como EEUU, India Australia,

leyes que pueden producirse entre Estados miembros y terceros países cuando el litigio cae dentro del ámbito de aplicación de este Reglamento comunitario, y se utilizan criterios de atribución –de competencia jurisdiccional o de competencia legislativa- distintos para la misma materia o que pueden interpretarse de distinta forma –de manera conflictiva- como es el caso del concepto *loci delicti commissi* y *loci damni*¹⁶³⁹.

2.-) Trabajos preparatorios tendentes a la reforma del Reglamento Roma II

27. Previamente al análisis de la propuesta de revisión del RRII presentada por el Parlamento (con el objeto de incluir dentro de su ámbito de aplicación esta materia)¹⁶⁴⁰, se examinarán los *documentos de trabajo* que se han manejado dentro del ámbito institucional, así como las numerosas publicaciones realizadas por estudiosos en la materia¹⁶⁴¹, con el objeto de ver cómo ha evolucionado la cuestión desde el inicio del debate hasta que finalmente se ha publicado la iniciativa parlamentaria.

Para empezar con el análisis propuesto, resulta relevante mencionar la sesión pública que tuvo lugar el 28 de enero de 2010 en el Comité sobre Asuntos Jurídicos – promovida por la ponente de la Comisión para el RRII-, donde se expusieron diversas soluciones para esta materia, tomando como referencia las soluciones nacionales de distintos Estados miembros (Suecia, Gran Bretaña, Alemania y Francia¹⁶⁴²). De las

China, Japón o Rusia, entre otros-.

¹⁶³⁹ Como parece por el que se va a optar finalmente –como regla general- en caso de que siga adelante la iniciativa parlamentaria para la reforma del RRII para incorporar las obligaciones derivadas de lesiones a la intimidad y demás derechos relacionados con la personalidad. Ampliamente, sobre los problemas de aplicación de criterios territoriales -tradicionales- como éste, cuando el soporte utilizado para difundir los contenidos difamantes es Internet, *vid.* A. Warshaw, “Uncertainty from abroad...”, *loc. cit.*; B. Holand, “The Failure of the Rule of Law in Cyberspace? Revisiting the Normative Debate on Borders and Territorial Sovereignty”, *John Marshall J. of Comp. & Info. Law*, vol. 24, Issue 1, 2005, pp.1-34.

¹⁶⁴⁰ *Draft Report* del Comité de Asuntos Jurídicos, 21.11.2011, 2009/2170 (INI), *loc. cit.*

¹⁶⁴¹ En particular las publicaciones de julio de 2010 en el *Symposium online*: “Rome II and Defamation”: (<http://conflictoflaws.net/2010/rome-ii-and-defamation-online-symposium>). Con un gran número de contribuciones por ejemplo: Jan von Hein; T. C. Hartley, A. Dickinson, B. Heiderhoff, por destacar algunos.

¹⁶⁴² Véase la Sesión Pública del Comité de asuntos legales, celebrada el 28-01-2010, sobre “Rights relating to personality, in particular in relation to defamation, in the context of private

distintas intervenciones puede deducirse el tratamiento tan dispar que en la materia existe en los Estados miembros, en particular en lo respecta a los casos de difamación en los que están implicados los medios de comunicación. Se puso de manifiesto que algunos sistemas –como es el inglés: Inglaterra y Gales- son más favorables al demandante –víctima de la difamación- en detrimento del demandado, lo que supone que esta jurisdicción pueda ser buscada conscientemente para resolver sobre este tipo de litigios –lo que podría fomentar el *forum shopping*-. También, en cuanto a los medios de tutela o acciones con las que la víctima de un atentado a sus derechos de la personalidad dispone, difieren en cada ordenamiento. En este sentido, se puede referir -a modo de ejemplo-, que entre las particularidades propias del Derecho Sueco se encuentra que no existe un derecho de réplica¹⁶⁴³. Además, las causas de exoneración o defensas que pueden alegarse por el demandado cuando éste sea un medio de comunicación –o los medidos de prueba de los que puede hacerse valer- también son muy variados entre los Estados UE. En consecuencia, a primera vista no parecería posible deducir un régimen material más o menos uniforme entre los Estados en la materia sin importantes esfuerzos de coordinación, lo que pone de manifiesto lo sensible de la materia en cuanto a su comunitarización. Al margen de las características propias que cada uno de los sistemas nacionales de los Estados miembros presentan en esta materia, otro de los problemas con los que había que lidiar es el alcance que quiere darse a esta inclusión material en el RRII. Esto es, qué tipo de supuestos de los múltiples que pueden plantearse en relación con los derechos de la personalidad van a estar cubiertos por el RRII. En este sentido, se puso de manifiesto la necesidad de establecer excepciones que limitaran el ámbito de aplicación de la futura regla¹⁶⁴⁴ para poder llegar al necesario

international law, particularly the Rome II Regulation”, motivada por el informe de la ponente del Comité sobre la reforma del RRII. (el programa y aportaciones están disponibles íntegramente en <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/eventsCom.do?page=2&product=CHE&language=EN&body=JURI>). En dicha sesión intervinieron en el que intervinieron W. Bennett (Barrister at Law, London); M. Hellner (Uppsala University); J. Heymann (Université Paris-Est -Paris XII-) y G. Wagner (Bonn University).

¹⁶⁴³<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201002/20100204ATT68478/20100204ATT68478EN.pdf>

¹⁶⁴⁴ En este sentido, el representante de Suecia (Prof. Michael Hellner) propuso que no quedaran cubiertos por el RRII: “*Defamation of groups, Public officials och institutions, Economic defamation*”. (<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201002/20100204ATT68478/20100204ATT68478EN.pdf>).

consenso. Así mismo, no puede olvidarse que el RRII –como el resto de instrumentos comunitarios- obedece a la necesidad de coordinar las actividades que inciden el mercado interior, si bien, en la mayoría de los supuestos en los que los derechos de la personalidad son lesionados, son consecuencia de actividades transnacionales que exceden del ámbito comunitario –actividades desarrolladas en Internet-. En este sentido, la reglamentación de la materia por el RRII sin límites o sin establecer requisitos de conexión suficientes con el territorio UE podría conducir a la aplicación *-ultra vires-* de este instrumento, es decir, a supuestos esencialmente extracomunitarios¹⁶⁴⁵. Dejando al margen los más que probables problemas para hacer valer extraterritorialmente las eventuales resoluciones dictadas en aquellos supuestos.

28. La Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo publicó el pasado 25 de mayo de 2011 un documento de trabajo sobre la reforma del RRII, del que es ponente la diputada Diana Wallis: "*Working Document on the amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)*"¹⁶⁴⁶. El documento se centra en la actual falta de protección frente a la violación de la intimidad y de los derechos de la personalidad y la necesidad de cubrir este vacío¹⁶⁴⁷. En

¹⁶⁴⁵ Vid. A. Warshaw, "Uncertainty from abroad...", *loc. cit.*, pp. 269-309.

¹⁶⁴⁶ En base al poder que le concede el art. 252 TFUE. El Texto íntegro del Documento de trabajo está disponible en la página web del Parlamento europeo (http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/juri/dv/836/836983/836983_en.pdf). Un análisis de este documento de trabajo puede verse en M. George, "Rome II and Defamation: Diana Wallis and the Working Paper", publicado en *conflictoflaw.net* (19 de julio de 2010), <http://conflictoflaws.net/2010/rome-ii-and-defamation-diana-wallis-and-the-working-paper/>; también por G. Cuniberti, "Perreau-Saussine on Rome II and Defamation", publicado el 21 de julio de 2010 en *Conflict of law. Net*, <http://conflictoflaws.net/2010/perreau-saussine-on-rome-ii-and-defamation/>

¹⁶⁴⁷ En su introducción al documento, la ponente afirma: "*My original idea was simply to endeavour to fill the gap in the Rome II Regulation which arose because the Council was unable to agree on the original Commission proposal or on the compromise solution put forward by Parliament in the course of the co-decision procedure on the law applicable to non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality. As part of the compromise which enabled the Regulation to be adopted, the Commission undertook to submit to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee a study on the situation in the field of the law applicable to non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality, taking into account rules relating to freedom of the press and freedom of expression in the media, and conflict-of-law issues related to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the*

su elaboración se ha tenido en consideración las distintas manifestaciones y contribuciones que en este sentido se han realizado por la doctrina más autorizada¹⁶⁴⁸, así como las iniciativas de los grupos de presión o de los intereses afectados -de medios de comunicación fundamentalmente-¹⁶⁴⁹. En particular, la ponente recoge expresamente la propuesta del Profesor Jan von Hein¹⁶⁵⁰ por considerarla “razonable y equilibrada” en relación con los intereses en juego¹⁶⁵¹.

El documento de trabajo parte de la contextualización de la cuestión, de su *status quo* en los Estados miembros y la incidencia del medio virtual. El debate ahora se abre ante una situación donde hasta el momento los arreglos se llevan acabo a través de “parches” frente a los nuevos elementos. Entre otras cuestiones, se pone de manifiesto el fenómeno del *libel turismo* en los tribunales ingleses¹⁶⁵² -lo que se critica por los

Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.”. European Parliament’s Working Document on the Amendment of the Rome II Regulation. http://conflictoflaws.net/2011/european-parliaments-working-document-on-the-amendment-of-the-rome-ii-regulation/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+conflictoflaws%2FRSS+%28Conflict+of+Laws+.net%29 (visto el 8 de julio de 2011)

¹⁶⁴⁸ Entre otros, desde la perspectiva de la doctrina europea, véase Jan-Jaap Kuipers, “Towards a European Approach...”, *loc. cit.*, pp. 1681-1706. Desde un perspectiva comparativa con el sistema estadounidense, con el objeto de revisar las aproximaciones conflictuales en la materia, *vid.*, B Holand, “The Failure of the Rule of Law in Cyberspace? Revisiting the Normative Debate on Borders and Territorial Sovereignty”, *John Marshall J. of Comp. & Info. Law*, vol. 24, Issue 1, 2005, pp.1-34.

¹⁶⁴⁹ Todos los documentos preparados en el procedimiento de codecisión están disponibles en el Observatorio de Legislación (*Legislative Observatory*) en la página del Parlamento Europeo (<http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?id=23514>)

¹⁶⁵⁰ Como ya se ha referido anteriormente, Conflictoflaws.net ha organizado un symposium *online* desde verano de 2009 sobre esta materia, motivado fundamentalmente por su exclusión del Reglamento Roma II (<http://conflictoflaws.net/2010/rome-ii-and-defamation-online-symposium/>). En este contexto se han realizado contribuciones por parte de doctrina de distintos países muy relevantes, entre las que se encuentra la propuesta del profesor Jan von Hein (<http://conflictoflaws.net/2010/von-hein-on-rome-ii-and-defamation/>).

¹⁶⁵¹ *Vid.* M. van Eechoud, “The position of Broadcasters and other Media under “Rome II”. Proposed Regulation on the law Applicable to Non-Contractual Obligations”, *IRIS plus*, 2006 -10, pp. 1-8

¹⁶⁵² *Vid.*, L. Levi, “The Problem of Trans-National Libel”, (25 de marzo de 2011). *University of Miami Legal Studies Research Paper* No. 2011-11. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1795237>. Para una visión diferente de la cuestión, véase Lord Hoffmann, “Fifth

medios de comunicación no sólo ingleses sino de todas partes-, además, no está claro que la regulación nacional por sí sola pueda solventar este problema. De manera que por este colectivo se reclama una solución a nivel europeo, preferiblemente una solución que reconozca la aplicación de la ley del Estado del control editorial. Ahora bien, la consagración del criterio del Estado de origen para este ámbito de la responsabilidad extracontractual no es admisible. Por otro lado, cabe una aproximación de la materia de forma horizontal teniendo en consideración la incidencia del CEDH en la UE¹⁶⁵³. En el CEDH se consagran las libertades de expresión y prensa (art. 10) y los derechos de la personalidad (art. 8) al mismo nivel, como fundamentales, de tal manera que podría argumentarse que todas las jurisdicciones tendrían que abordar la cuestión del equilibrio de derechos -esencial en estos casos- desde la misma línea de base. En consecuencia, tendría que darse un punto común de partida. También puede referirse aquí particulares iniciativas presentadas por colectivos representativos de los medios de comunicación pertenecientes a países europeos no comunitarios, en particular es el caso de la iniciativa de la *Icelandic Modern Media* -defendida por el gobierno de Islandia- que propone traer al ámbito comunitario una especie de derecho a la Primera enmienda americana¹⁶⁵⁴. Pero en la cúspide de todos los elementos a tener en consideración es que Internet sigue desarrollándose y, en consecuencia, el peligro de la violación de los derechos de la personalidad de la gente ordinaria en la red es demasiado real. Se trata de una cuestión constitucional y el equilibrio entre los intereses en juego se reglamenta de forma distinta en cada país en este ámbito. Y este es, en términos generales, en definitiva el marco en el que tiene que desarrollarse el debate. En este sentido, el Documento de Trabajo presentado es mucho más que la constatación del estatus actual¹⁶⁵⁵.

29. En términos generales, la revisión del RRII podía abordarse desde dos posibles aproximaciones o perspectivas. La primera, sería determinar que la ley aplicable a los daños derivados de lesiones a los derechos de la personalidad sea la del Estado de residencia habitual de la víctima en el momento del perjuicio. Esta solución

Dame Anne Ebsworth Memorial Lecture, The Libel Tourism Myth,” (<http://www.indexoncensorship.org/2010/02/the-libel-tourism-myth/>).

¹⁶⁵³ Posibilitado por la entrada en vigor del TFUE

¹⁶⁵⁴ Vid. página 3 del *Working Document*.

¹⁶⁵⁵ Cf. M. George, "Rome II and Defamation...", *loc. cit.*

cuenta con la aprobación de la mayoría de la doctrina¹⁶⁵⁶. Las ventajas de esta postura son claras, por un lado la simplicidad de la solución y, por otro, las garantías de protección que se reconoce a la víctima: de conformidad con los estándares que ésta conoce o a los que está acostumbrada. Aunque también cuenta con sus contraindicaciones o desventajas. No puede olvidarse que desde el punto de vista político esta postura fue precisamente por la que se optó en la propuesta preliminar de la Comisión para el futuro RR II (mayo de 2002). Esta propuesta se descartó después de las insistentes protestas de los grupos de presión de los medios de comunicación, pero además, desde el punto de vista doctrinal esta aproximación cuenta con una desventaja fundamental. Los principales objetivos de los medios de comunicación -los personajes públicos- no suelen tener establecida su residencia habitual donde tienen su centro de intereses personales y sociales, sino que ésta típicamente es elegida por razones fiscales -donde la presión fiscal sea menor-. De tal manera que este criterio establecido uniformemente dentro de la UE podría conducir a un resultado tan curioso como que la libertad de prensa en la Unión se rija por ordenamientos de terceros Estados como por ejemplo Mónaco o Suiza -como alguno de los ejemplos más habituales de paraísos fiscales-, más que por leyes de Estados miembros. De tal manera que esta aproximación podría ser “insensible con los legítimos intereses de los receptores comunitarios de los medios de comunicación”.¹⁶⁵⁷ A esto hay que añadir, que este criterio de la residencia habitual no es conforme con la doctrina *Shevill* sobre competencia judicial internacional en esta materia. Si bien, esta doctrina está vigente en la actualidad sólo respecto de los medios de comunicación tradicionales, toda vez que cuando el medio utilizado para la difusión se al red se admite por el Tribunal de Justicia¹⁶⁵⁸, como principio de competencia, el criterio de residencia habitual de la víctima -no directamente, pero sí como el lugar donde típicamente la víctima tiene su centro de intereses, lo que permite prueba en contrario-.

¹⁶⁵⁶ Es este el criterio por el que se optó en la propuesta de la *German Council for Private International Law* -un grupo de profesores alemanes de DIPr-, presentada el 19 de febrero de 2010, para la revisión del RR II dirigida al Ministro de Justicia alemán (*Federal Ministry of Justice*). <http://conflictoflaws.net/2010/von-hein-on-rome-ii-and-defamation/>

¹⁶⁵⁷ Como los lectores de las revistas, los telespectadores y otros consumidores europeos que acceden legalmente a los contenidos. Cf. “Von Hein on Rome II and Defamation”, *loc. cit.*

¹⁶⁵⁸ Con la reciente Sentencia *eDate Advertising*.

Este criterio -residencia habitual de la víctima-, parece que cuando se trata de supuestos de daños que se manifiestan en múltiples Estados -como así ocurre cuando el contenido se publica en Internet- muestra más ventajas que la segunda de las opciones barajadas: la utilización del criterio del lugar del daño. Esta es la regla que con carácter general se recogió finalmente en el RRII (art. 4.1), lo que traducido a los supuestos de difamación supone aplicar el Derecho del Estado donde el contenido del medio se distribuye. Pero en este sentido también debería ser posible alegar otras razones que pudieran desplazar el criterio del *locus damni*. Por ejemplo, sería posible alegar la falta de previsión -razonable- para el potencial demandado¹⁶⁵⁹ de la aplicación de esta ley -para tener en cuenta los intereses legítimos del posible responsable¹⁶⁶⁰-; también la concurrencia de las partes en el mismo lugar de residencia habitual podría desviar la aplicación de esta regla a favor de aquél país (art. 4.2 RRII); en el mismo sentido, la autonomía de la voluntad de las partes en la elección de la ley aplicable a su relación¹⁶⁶¹ -extracontractual- o la concurrencia de vínculos más estrechos con otro sistema jurídico que permitieran desplazar la aplicación del *locus damni* (art. 4.3 RRII)¹⁶⁶². Además, para garantizar el enjuiciamiento del daño en el foro la cláusula de orden público del art. 26 RRII resulta suficiente¹⁶⁶³. Pues con ella se podría hacer frente a cualquier problema que en este sentido pudiera surgir -por ejemplo sobre la existencia del propio daño en relación con la protección de las libertades de expresión y prensa¹⁶⁶⁴ o los mecanismos

¹⁶⁵⁹ Típicamente el editor.

¹⁶⁶⁰ Como por ejemplo así lo recoge el RRII en caso de responsabilidad por productos defectuosos (art. 5.1 último párrafo).

¹⁶⁶¹ Art. 14 RRII. Si bien, la operatividad en la práctica de la autonomía de la voluntad de las partes en este tipo de litigios es presumiblemente muy escasa como el tipo de supuestos de que se tratan.

¹⁶⁶² Otras razones se han esgrimido para justificar el desplazamiento de este criterio de conexión -lugar del daño- como por ejemplo en relación con el derecho de respuesta, “ya que debería concederse tal alivio rápidamente” (Cf. “Von Hein on Rome II and Defamation”, *loc cit.*). Esto ya fue reconocido tanto por la Comisión como el Parlamento en sus anteriores propuestas para el RRII de 2003 y 2005, respectivamente.

¹⁶⁶³ En este sentido, difícilmente estaría justificada una cláusula específica de salvaguarda de la libertad de prensa, pues en estos casos estas libertades se encuentran con otros derechos fundamentales. De tal manera que una protección escasa -o desprotección- contra las violaciones de privacidad podría contravenir los derechos fundamentales de la víctima (art. 8 CEDH). *Vid.*, STEDH asunto *Princesa Carolina de Hanover v. Alemania*, de 24 de junio de 2004 (*loc. cit.*).

¹⁶⁶⁴ Cuando según el Derecho aplicable, según esta norma de conflicto, la actuación que se reclama lesiva no sea ilícita o esté tutelada o, en sentido contrario, cuando la actuación que se pretende

con lo que la víctima cuenta para su tutela¹⁶⁶⁵-.

30. En cualquier caso, la regla general que se recoja para las violaciones de los derechos de la personalidad tendría que ser lo suficientemente flexible para poder abordar los supuestos verificados en la red. Esto es, si la regla que se materializa finalmente en el RRII para esta materia es suficientemente flexible, no sería necesario prever una regla específica para los daños causados a través de Internet. Frecuentemente, los contenidos potencialmente difamatorios -o lesivos de otros derechos de la personalidad- que se ponen en circulación por los medios de comunicación se hace por distintas vías -no sólo por Internet sino también en la versión impresa del medio- con resultados distintos en cada caso. Desde esta perspectiva, sería más adecuado establecer una única regla lo suficientemente flexible que consagrar distintas reglas en función de la distinta casuística que pudiera darse -ya que nunca podría preverse la totalidad de casos que potencialmente en la práctica pudieran verificarse-. En este sentido, habría que tomar en consideración los criterios interpretativos del término lugar del daño que el Tribunal de Justicia ha manifestado en el asunto *eDate advertising* cuando el medio utilizado fuera Internet¹⁶⁶⁶. Si bien, teniendo en consideración que la concreción del *locus damni* por el TJUE en todas las jurisdicciones de los Estados miembros donde se tiene o tuvo acceso al contenido lesivo se hace con competencia limitada, de tal manera que si se extrapola esta interpretación al sector del Derecho aplicable supondría, en principio, la aplicación parcelada de una multiplicidad de Derechos: todos los ordenamientos concurrentes de los Estados donde el contenido es o fue accesible. Esta postura plantea importantes problemas en aquellos casos en los que se trate de violaciones de derechos multiestatales. En consecuencia, esto parece que reclama -si es que se opta por este criterio- una adaptación o modificación de este principio del mosaico. Toda vez que la competencia judicial internacional y el Derecho aplicable reglamentariamente coincidirían -utilizando el mismo criterio de conexión-. Para ello, se ha propuesto tomar como ejemplo la solución

enjuiciar sea lícita en el Derecho del foro.

¹⁶⁶⁵ En particular, en lo que respecta al derecho de réplica o rectificación cuando está reconocido expresamente en el Derecho del foro y no así en el ordenamiento aplicable.

¹⁶⁶⁶ Además de la relación del RRII con la Directiva de comercio electrónico -en particular con el principio obligatorio del Estado de origen del art. 3.4- cuando la materia pase a ser parte del ámbito de aplicación del Reglamento.

del art. 6.3 apartado b) RRII para los supuestos de competencia desleal¹⁶⁶⁷ lo que tendría que conjugarse con la reciente doctrina *eDate advertising*¹⁶⁶⁸. En consecuencia, se motivaría a los sujetos que gozan de fama en el contexto virtual a concentrar la litigación en el foro del demandado¹⁶⁶⁹ (o en su caso, en el lugar donde el perjudicado tenga su centro de intereses -que coincidirá típicamente con su residencia habitual-, en aplicación de la doctrina *eDate*). Y por otro lado, para el resto de sujetos -particulares sin proyección pública- esta aproximación no supondría ninguna carga adicional, porque su reputación normalmente se verá únicamente afectada en el Estado de su residencia.

31. Teniendo en cuenta todas estas consideraciones, y aunque en el Documento de trabajo se barajaron varios criterios de conexión -1º) *the “place in which the tort took place”*; 2º) *the “place in which the damage materialises”*; 3º) *the “place of the publisher’s establishment”* y 4º) *a flexible rule based on choice of the applicable law either by the parties or the judge-*, finalmente se optó por la propuesta de regla específica presentada por el profesor Jan von Hein¹⁶⁷⁰, con el siguiente tenor literal:

Article 5a Rome II – Privacy and rights relating to personality:

(1) Without prejudice to Article 4(2) and (3), the law applicable to a non-contractual obligation arising out of violations of privacy and rights relating to personality, including defamation, shall be the law of the country where the rights of the person seeking compensation for damage are, or are likely to be, directly and substantially affected. However, the law applicable shall be the law of the country in which the person claimed to be liable is habitually resident if he or she could not reasonably foresee substantial consequences of his or her act occurring in the country designated by the first sentence.

(2) When the rights of the person seeking compensation for damage are, or are likely to be, affected in more than one country, and this person sues in

¹⁶⁶⁷ Vid. “Hein on Rome II...”, *loc. cit.*

¹⁶⁶⁸ De conformidad con el considerando nº 7 del RRII.

¹⁶⁶⁹ Lo que ahorraría a las partes implicadas tiempo y costes.

¹⁶⁷⁰ Especificando que nociones tales como “reasonably foreseeable” o “direct and substantial”, así como la incidencia y extensión del orden público, se concretarían en los considerandos previos.

the court of the domicile of the defendant, the claimant may instead choose to base his or her claim on the law of the court seised.

(3) The law applicable to the right of reply or equivalent measures shall be the law of the country in which the broadcaster or publisher has its habitual residence.

(4) The law applicable under this Article may be derogated from by an agreement pursuant to Article 14.

Como ahora se verá, esta aproximación es precisamente la que se ha recogido en la Propuesta definitiva de revisión del RRII presentada por el Parlamento Europeo en noviembre de 2011.

3.-) Iniciativa de revisión del RRII: la Propuesta del Parlamento Europeo de noviembre de 2011

32. Revisados los distintos documentos de trabajo que se han planteado y manejado desde la entrada en vigor del RRII para su reforma -con el fin de incluir dentro de su ámbito material los litigios sobre derechos de la personalidad-, corresponde ahora detenerse en la iniciativa de revisión del RRII por el Parlamento Europeo. Con este objeto se incluye una regla específica en materia de violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad -en particular, la difamación-. No obstante, el contenido de la propuesta recogida en la iniciativa podría generar ciertas dudas en particular en relación con su aplicación a las actividades desarrolladas en la red¹⁶⁷¹. La propuesta concreta de reforma legislativa de la iniciativa se traduce en la incorporación de un artículo 5 a) en el RRII.

¹⁶⁷¹ Sobre los problemas particulares que los apartados 1º y 2º de esta propuesta de norma de ley aplicable puede traer en los litigios por publicaciones en Internet, por la desconexión entre las normas de CJI (RBI) y esta norma de conflicto, puede verse la entrada de día 28/11/2011 del *Blog* de P.A. de Miguel Asensio, comentando esta iniciativa parlamentaria (<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2011/11/iniciativa-parlamentaria-para-la.html>). También, G. Cuniberti, “New Draft Report of European Parliament on Future Choice of Law Rule for Privacy and Personality Rights”, en *conflict of laws.net* (publicación el 24 de noviembre de 2011). Disponible en <http://conflictoflaws.net/2011/new-draft-report-of-european-parliament-on-future-choice-of-law-rule-for-privacy-and-personality-rights/comment-page-1/#comment-439214>

33. Son varios los elementos que llaman la atención en la propuesta. Se comenzará por aquellos que –desde el punto de vista práctico- no parecen que vayan a generar problemas, pero que sí es necesario mencionar por su novedad, para detenerse después en aquellas cuestiones que pueden generar bastantes dudas a la hora de poner en práctica esta regla. En primer lugar, puede destacarse la previsión de una cláusula de “escape” para los posibles responsables en estos litigios. Con ella se permite aplicar a sus potenciales responsabilidades el ordenamiento jurídico de su residencia habitual, para el caso de que no pudiera prever razonablemente que fueran a producirse consecuencias –sustanciales y directas- de sus actos en el Estado/s designado por el párrafo primero¹⁶⁷². Se ha limitado a copiar –adaptada- una previsión ya presente en el RRII cuando la responsabilidad extracontractual se deriva de daños causados por productos defectuosos¹⁶⁷³ –la denominada cláusula de comercialización¹⁶⁷⁴ (art. 5.1 II)-. Igual que ocurre en las obligaciones por productos defectuosos, la carga de la prueba recaería exclusivamente sobre el presunto responsable; con lo que esta solución siempre funciona *ex post* y a instancia de parte –por el principio de libre disposición que en los procedimientos civiles generalmente rige en todos los sistemas procesales nacionales-. Como segundo elemento novedoso, que en principio no plantearía problemas, debe destacarse la posibilidad de que sean las propias partes en conflicto las que elijan el ordenamiento que va a regir su relación –extracontractual-. Con esta previsión se cumplen con los requisitos de previsibilidad para ambas partes y se garantiza el equilibrio entre ellas en el procedimiento.

34. Una de las cuestiones que llama más la atención es que se opta por utilizar como punto de conexión un criterio que, desde el punto de vista práctico, ya se ha demostrado que causa más de un problema de concreción cuando el medio utilizado es Internet –u otros medios de comunicación masiva, pero en menor medida por ser más

¹⁶⁷² Podría hablarse en este sentido de una cláusula de previsibilidad (p. 6, apartado L de la Propuesta).

¹⁶⁷³ Vid. P. Stone, “Product Liability under the Rome II Regulation”, en J. Ahern, W. Binchy (eds.), *The Rome II... , ob. cit.*, pp. 175-198.

¹⁶⁷⁴ Se remite aquí a todo lo referido al respecto cuando se analizó la posibilidad de derivar responsabilidad por productos defectuosos en los litigios por difamación –y demás atentados contra los derechos de la personalidad- a los prestadores de servicios *online*. En particular, en lo que se refiere a la carga de la prueba en el contexto de Internet.

limitado el alcance de su difusión-. La expresión elegida (*“the country in which the rights of the person seeking compensation for damage are, or are likely to be, directly and substantially affected”*) equivale al lugar de materialización del daño –*locus damni*–, que en el medio virtual puede localizarse en más de un país al mismo tiempo (lo mismo puede ocurrir cuando el medio es internacional y dirige sus publicaciones a varios países). Esto sucede cuando la persona cuyos derechos se ven afectados es conocida en más de un Estado miembro y la información en cuestión tiene cierta difusión –de manera que pudiera entenderse que sus derechos resultan directa y sustancialmente afectados en más de un Estado-. Lo más razonable sería que la norma de conflicto determinara la aplicación de un único ordenamiento jurídico –para evitar fraccionamientos en el foro–, más aun cuando la competencia del tribunal que conoce fuese ilimitada –para resolver sobre la generalidad de los daños sufridos en todos los territorios–, bien por ser el domicilio del demandado (art. 2 RBI), bien por ser el lugar de origen del daño (es decir, el del establecimiento del editor a la luz del art. 5.3 RBI –según doctrina *Shevill*- o establecimiento del emisor de contenidos -según doctrina *eDate advertising*-). En este sentido, aunque la propuesta contiene una previsión al respecto (apartado 2º: *“When the rights of the person seeking compensation for damage are, or are likely to be, affected in more than one country, and that person sues in the court of the domicile of the defendant, the claimant may instead choose to base his or her claim on the law of the court seised.”*), esta resulta insuficiente. Toda vez que no resuelve sobre todos los posibles supuestos –en particular, aquellos en los que se haya utilizado Internet para la difusión del contenido lesivo-. Se prevé una única opción posible –la aplicación de la ley del foro a elección del demandante- cuando la demanda se presente en el Estado del domicilio del demandado –sin perjuicio de la aplicación del art. 4.2º y 3º-. Pero, ¿qué ocurrirá cuando la víctima ejercite su acción de tutela para sus derechos de la personalidad –que han sido directa y sustancialmente afectados en varios Estados miembros- reclamando por la totalidad de los daños sufridos ante los tribunales del lugar de establecimiento del emisor de los contenidos¹⁶⁷⁵ –cuando no coincida éste con el domicilio del demandado-? Y se estará ante el mismo problema –por esa falta de previsión- cuando también por la totalidad de los daños causados, la víctima opte por

¹⁶⁷⁵ O en el lugar del establecimiento del editor, cuando el medio utilizado fuera un medio de comunicación tradicional –fundamentalmente, prensa escrita-, y no coincida igualmente con el domicilio del demandado, porque por ejemplo el demandado sea el periodista que escribió la noticia difamante en el periódico.

litigar ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra su centro de intereses –que generalmente coincidir con su residencia habitual-¹⁶⁷⁶. Esta falta de previsión resulta, al menos, sorprendente, ya que puede considerarse que esta iniciativa Parlamentaria trae causa directa de la última sentencia del TJUE en la materia, asunto *eDate advertising*¹⁶⁷⁷.

Aunque en caso de que la iniciativa siguiera adelante en los términos actuales sería el TJUE el que tendría que establecer cómo debiera interpretarse estas lagunas, podrían aventurarse las posibles soluciones interpretativas. Para los supuestos en los que se materializaran una pluralidad de daños en distintos Estados y la demanda no se hubiera presentado en el foro del domicilio del demandado, al no poder aplicarse la regla especial del apartado 2º del art. 5 de la Propuesta, habría que acudir a la regla general contenida en su apartado 1º -aplicación de la ley del lugar del daño-. Esto supondría que en caso de que se litigara por la totalidad de los daños el tribunal del foro debería aplicar tantos Derechos como Estados en los que se manifestó el daño. Esto es, de manera fraccionada, específicamente para resolver sobre los daños ocasionados en cada una de las jurisdicciones en presencia –lo que resultara más que complicado-. Más sencillo sería el supuesto en el que la víctima optara por litigar en cualquiera de los lugares del daño –donde se publicó el periódico o donde el contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible-. En estos casos la solución general de ley aplicable prevista no presenta ningún problema, es más, facilitara con mucho la tramitación del procedimiento, pues se traduciría en que el tribunal del foro aplicase su propio ordenamiento jurídico.

35. En consecuencia, la regla de ley aplicable propuesta parece que en la práctica plantearía más de un problema –derivados, fundamentalmente, de la aplicación del RBI -. El RRII necesariamente debe interactuar con el RBI en aquellas materias comunes que caen dentro de sus respectivos ámbitos de aplicación –como sería el caso-, lo que

¹⁶⁷⁶ Ambos criterios de conexión –establecimiento del emisor de contenidos, y lugar de en el que se encuentra el centro de intereses de la víctima- para el reconocimiento de CJI de alcance general, han sido establecidos por TJUE en asunto *eDate Advertising*, en interpretación del art. 5.3 RBI, cuando el medio utilizado para la publicación/distribución de los contenidos lesivos –difamantes- sea Internet- .

¹⁶⁷⁷ Y así expresamente lo refiere en el documento que acompaña a la propuesta de modificación normativa (p. 5, apartado A).

para los Estados miembros podría suponer más de un problema práctico a la hora de coordinar esta regla de ley aplicable con la doctrina vigente sobre RBI –*Shevill* para los medios de comunicación tradicionales y *eDate Advertising* para la difusión *online*-. En este sentido, la doctrina permite a la víctima elegir entre distintas jurisdicciones de Estados miembros para reclamar por los daños sufridos (art. 2 y art. 5.3 RBI en sus dos vertientes). Si bien, se reconoce distinto alcance de la competencia en función del lugar donde se decida litigar –teoría del mosaico¹⁶⁷⁸, establecida en *Shevill* y, posteriormente, reiterada aunque adaptándola al medio virtual, en *eDate Advertising*-. Pero esta misma posibilidad de elección para la víctima no se permite –con la redacción propuesta- en el sector del Derecho aplicable. Podría entenderse que la víctima sí puede elegir entre la *lex loci damni* o la *lex delicti commissi*, pero esta última sólo cuando coincida con el domicilio del demandado¹⁶⁷⁹ –y los daños se hayan materializado en diversos Estados al mismo tiempo-.

Este planteamiento puede llevar a supuestos muy variados y curiosos cuando el litigio caiga dentro del ámbito de aplicación de ambos Reglamentos y la víctima no opte por litigar en el lugar del daño. Por ejemplo, si el daño se manifiesta en un único Estado –porque se utiliza un medio de difusión de poco alcance o la difusión significativa y principal de la publicación se realiza en un único Estado, o si es por Internet porque se utiliza un idioma propio y exclusivo de una región particular, etc.-, y la víctima opta por demandar por la totalidad de los daños en el lugar de establecimiento del editor/del emisor de los contenidos por la totalidad de los daños sufridos –como *locus delicti*-, o en el domicilio del demandado o en su residencia habitual –como lugar donde generalmente se encuentra el centro de intereses de la víctima-, tendría que cuantificarlos y determinar la indemnización correspondiente de conformidad con la ley del Estado donde se publicó la información o fue accesible (no sería aplicable el apartado 2º del artículo 5 de la Propuesta, toda vez que no hay más de un lugar de resultado significativo, además de que puede que no coincida con el domicilio del demandado –ya que es posible que por la víctima no se ejercite acción contra el autor material sino por ejemplo contra el

¹⁶⁷⁸ Esta fragmentación que la teoría del mosaico permite en el sector de CJI está excluida en el Derecho aplicable, ya que en esta Propuesta solo se permite aplicar una única ley –la del lugar del resultado dañoso o la del domicilio del demandado, en caso de que se den los requisitos y por ella opte la víctima-.

¹⁶⁷⁹ Y sea este foro general el elegido.

intermediario o el editor cuando incurra en responsabilidad¹⁶⁸⁰-). Este supuesto no planteara mayores problemas desde la perspectiva de la cuantificación del daño, ya que hay un único lugar de resultado y será la ley de ese país la que se aplique, pero sí puede resultar más complicado desde el punto de vista del foro, ya que tendría que aplicar una ley distinta a la suya. Ahora bien, cabría plantearse qué ocurriría si el daño se hubiera manifestado en distintos países -porque la víctima fuera conocida en varios Estados o a nivel mundial y el medio de comunicación utilizado fuera masivo-, y la víctima optase por demandar en lugar distinto del domicilio del demandado –o en éste pero sin que coincidiera con uno de esos lugares del daño- o en el lugar de establecimiento del editor/del emisor de los contenidos por la totalidad de los daños sufridos, qué ordenamiento debería el tribunal aplicar para resolver. Al no darse los requisitos del apartado 2º del art. 5, la única opción vigente sería la aplicación de la regla del número 1, es decir, la ley del lugar del daño, pero éste son múltiples. Tendría entonces que fraccionar la demanda y aplicar tantos ordenamientos como Estados se hubiera manifestado el daño. Y, por último -para finalizar como los posibles supuestos más llamativos-, es posible que habiendo pluralidad de *locus damni* la víctima opte por litigar en uno de esos Estados donde se ha manifestado el daño. En este supuesto -aplicando la doctrina del mosaico-, la víctima únicamente podría reclamar por los daños sufridos en aquella jurisdicción (para lo que el tribunal aplicaría la *lex fori*), y esto le obligaría, consecuentemente, a litigar en tantos Estados como lugares de manifestación del daño haya, aplicando en cada caso la ley nacional –lo que supondría desde el punto de vista práctico que se trataran como litigios domésticos-.

En definitiva, la redacción propuesta parece que motiva a la víctima a que se decida por demandar en el lugar del daño –para simplificar el procedimiento-, lo que sería bastante adecuado si se trata de supuestos donde el daño se manifiesta en un único Estado. Además, en principio, en este tipo de litigios suele coincidir el lugar del daño principal y directo con el de residencia habitual de la víctima –pues es allí donde se la conoce, donde tiene su reputación y desarrolla su vida y, en consecuencia donde pueden ser lesionados sus derechos-. Pero es posible que no coincidan en aquellos casos en los que el sujeto sea una persona conocida en varios Estados –un personaje público, o tenga

¹⁶⁸⁰ Según responda como mero intermediario o como editor de la información, según la ley aplicable a su responsabilidad de una y otra figura.

establecida su residencia por motivos fiscales, etc.-, y, en consecuencia, el daño puede manifestarse simultáneamente con igual intensidad –o igualmente sustancial, para seguir el tenor literal de la norma- en varios Estados. En este último supuesto, la elección del lugar del daño como foro no parece una buena idea como se ha visto por las razones expuestas.

36. Otro elemento importante -merecedor de un análisis diferenciado- es que en el apartado 3^o¹⁶⁸¹ se prevé una regla específica para los casos en que la víctima ejercite otros mecanismos de tutela especiales previstos por la generalidad de ordenamientos jurídicos nacionales. Se trata del derecho de réplica o de respuesta –y otras medidas equivalentes-, al que se aplicaría la ley de residencia habitual del editor –en caso de prensa escrita- u organismo de radiodifusión¹⁶⁸². Se echa en falta mención específica para los casos en los que el medio de comunicación sea Internet. Se entiende que podría aplicarse la regla *mutatis mutandi*, si bien, esto puede que no resulte tan sencillo. En particular en aquellos supuestos en los que no se trate de la versión digital del medio de comunicación –en cuyo caso la aplicación es más que obvia- sino en aquellos otros donde no puede considerarse al prestador de servicios en cuestión como un medio de comunicación en sentido estricto. En la mayoría de los supuestos no puede hablarse propiamente de editor, ya que salvo excepciones en los que el prestador de servicios de la sociedad de la información en cuestión pudiera realizar un control efectivo sobre los contenidos –decidir sobre ellos-, en los casos de difamaciones en la red por contenidos colgados por particulares, los únicos editores son los propios particulares. En estos casos lo que se planteara es si la acción se podría dirigir contra el prestador de servicios *online* correspondiente –intermediario no editor-, para que utilizando el mismo soporte que el autor del daño (conocido o no) utilizó para publicar y difundir la información presuntamente lesiva, el perjudicado pueda ejercitar este derecho de réplica o medida equivalente. Y en caso afirmativo, si pudiera aplicarse esta regla –*mutatis mutandi*- entonces, ¿debería entenderse que resultaría de aplicación la ley del establecimiento del prestador de servicios de la sociedad de la información?, lo que sería una técnica

¹⁶⁸¹ “The law applicable to the right of reply or equivalent measures shall be the law of the country in which the broadcaster or publisher has its habitual residence”.

¹⁶⁸² Aunque en el texto no se hace referencia, se entiende que se refiere exclusivamente a los supuestos en los que se ejercita el derecho de respuesta -o medidas equivalentes- contra un medio de comunicación.

legislativa distinta. Ya que será la ley aplicable a esta acción la que determine contra quién se puede ejercitar la acción de réplica –o medida equivalente- y con qué condiciones, la cuestión entonces es determinar si esta solución de ley aplicable operaría con independencia del sujeto contra el que se ejercita la acción –ya sea un medio de comunicación o no¹⁶⁸³- o, por el contrario, si únicamente opera frente a medios de comunicación –en cuyo caso el tribunal del foro debería buscar la norma de conflicto aplicable para localizar esa ley cuando la acción se dirija frente a otro sujeto con distinta condición-. En cualquier caso, esto puede suponer que una vez localizada esa ley el sujeto legitimado pasivamente en un inicio luego no lo sea –o al menos no en exclusiva- con lo que tendría que revisarse la legitimación en ese procedimiento una vez ya iniciado –con todos los perjuicios que eso supondría-.

37. El tenor literal de esta regla especial de ley aplicable recuerda a iniciativas legislativas anteriores del Parlamento Europeo. Esto es, a anteriores Propuestas del Parlamento previas a la adopción final de la versión actual del RRII. En la Propuesta del RRII tras la primera lectura parlamentaria en su art. 5.2º se establecía expresamente una regla específica –distinta de la general- para el caso de que la víctima ejercitase una acción distinta a la de reparación, en particular: “al derecho de respuesta o a las medidas equivalentes y a toda medida preventiva o a todo interdicto prohibitorio contra un editor de prensa escrita o un organismo de radiodifusión respecto del contenido de una publicación o radiodifusión es la del país donde el editor de prensa escrita u organismo de radiodifusión tenga su residencia habitual”. Esta previsión –salvo la referencia a las medidas preventivas y de cesación- ya estaba en el Anteproyecto de la comisión de 2003 en el art. 6.2¹⁶⁸⁴.

El Parlamento en este sentido vuelve a los orígenes, si bien, opta por la versión del Anteproyecto de la Comisión, excluyendo de la regulación las medidas cautelares o provisionales por los problemas prácticos de coordinación que esta inclusión supone con el RBI. En el caso particular de las medidas de prevención, cesación o prohibición

¹⁶⁸³ Y luego ese Derecho material localizado será el que concrete si esa medida en particular es o no ejercitable frente al sujeto en cuestión.

¹⁶⁸⁴ *Id.*, K. Siehr, “Violation of privacy...”, *loc. cit.*, pp. 169-170. y en general sobre los trabajos preparatorios y tramitación de la norma en las Instituciones comunitarias, *vid.*, A. Dickinson, *The Rome II...*, *ob. cit.*, pp. 23-61; y G. Palao Moreno, “Hacia la unificación...”, *loc. cit.*, pp. 271-301.

de carácter cautelar o provisional, el Derecho del foro puede tener una importante incidencia¹⁶⁸⁵, lo que podría justificar esta omisión¹⁶⁸⁶. Además, dentro del contexto comunitario la eficacia de estas medidas más allá de la jurisdicción donde se adoptaron está prácticamente garantizada. Es decir, si las medidas provisionales/cautelares se solicitan y se admiten en un Estado distinto del de residencia habitual del demandado – el medio de comunicación-¹⁶⁸⁷ y la víctima quiere que se hagan efectivas en ese territorio, la reglamentación uniforme de las causas de denegación de reconocimiento del RBI¹⁶⁸⁸ exige el reconocimiento de aquellas entre tribunales de Estados miembros. Toda vez que el control de la Ley aplicable no está previsto como causa de denegación del reconocimiento (art. 34 RBI). En este sentido, la previsión del 5.3º de la Propuesta está justificada que se limite exclusivamente al derecho de réplica y medidas equivalentes.

No obstante, por lo general, la víctima ejercita conjuntamente las dos acciones: reparación y cesación (e incluso de prohibición si es que la acción tiene carácter preventivo o cautelar)¹⁶⁸⁹, aunque también pueden ser ejercitadas separadamente. Además, estas acciones pueden estar dirigidas a un mismo sujeto o a distintos. Por ejemplo, cuando se trata de la acción de cesación, se suele dirigir contra el que esté gestionando el contenido lesivo, que no tiene porqué coincidir el autor de la información o el que la colgó. Es decir, en un supuesto de lesión de derechos de la personalidad por publicación de información controvertida, la víctima puede ejercitar la acción de cesación contra el medio de comunicación que publicó la información –o si fue a través de Internet, contra el prestador de servicios de la sociedad de la información

¹⁶⁸⁵ Ya sea como consecuencia de su consideración como cuestión procesal por el foro –*lex fori regit procesum*– o por su urgencia, lo que aconsejara que fueran adoptadas sin tener que indagar profundamente sobre el Derecho extranjero aplicable al fondo. *Vid.*, K. Siehr, “Violation of privacy...”, *loc. cit.*, pp. 169-170.

¹⁶⁸⁶ Lo que viene reforzado –dentro del ámbito de la UE– por la propia provisión contenida en el art. 31 RBI, que otorga CJI a los tribunales del Estado miembro donde deban adoptarse las medidas provisionales o cautelares necesarias previstas por su Derecho –incluso si la CJI para conocer sobre el fondo del asunto corresponde a otro Estado miembro–.

¹⁶⁸⁷ Utilizando para ello por ejemplo el fuero especial del 5.3 RBI.

¹⁶⁸⁸ *Vid.* capítulo III RBI.

¹⁶⁸⁹ Utilizando el mismo fuero que el que atribuye competencia al foro para conocer del fondo del asunto: generalmente el art. 5.3º RBI.

correspondiente-, y acción de reparación contra el autor material de la información lesiva –el periodista por ejemplo, o el que colgó la información-, aunque también podría ejercitar esta última acción contra el editor del medio de comunicación –en los casos en los que tenga establecida responsabilidad solidaria con el autor¹⁶⁹⁰-, cuando así lo establezca la ley aplicable a su responsabilidad. En consecuencia, si la víctima ejercitase conjuntamente estas acciones –reparación y cesación- el tribunal del foro –con competencia para ambas acciones con base en el art. 5.3ºRBI-, según la Propuesta aplicaría para la acción de reparación la *lex locus damni* y a la acción de cesación la *lex fori* o la *lex causae* correspondiente¹⁶⁹¹. Pero podría incluso plantearse un supuesto de laboratorio aun más complicado: que la víctima acumulase las anteriores acciones con el ejercicio del derecho de réplica. En ese caso el mismo tribunal debería aplicar para la acción de reparación la regla del 5.1º (*lex locus damni*), al derecho de réplica la regla del apartado 3º (ley de residencia habitual del medio de comunicación en cuestión) y para la acción de cesación la *lex fori* –si se considera cuestión procesal en el foro-, o la *lex causae* localizada por la norma de conflicto del sistema de DIPr del foro que resulte de aplicación.

38. Teniendo en consideración la utilización masiva de Internet como medio de publicación y difusión de información y contenidos potencialmente lesivos de estos derechos de la personalidad –en particular a través de los servicios prestados *online*-, se analizará si esta nueva previsión afecta en algo a la posible responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Se trata en particular de los estándares que deban cumplir estos prestadores a la hora de desarrollar su actividad, esto es, que les sean exigibles y que en caso de no cumplirlos pudieran exigírseles responsabilidad. En particular, lo que se plantea es si el Derecho que finalmente resulte de aplicación en función de esta nueva norma de conflicto pudiera alterar la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información teniendo en cuenta el marco establecido en la DCE –en especial el límite previsto en el art. 3-. En el reciente asunto *eDate Advertising* –ya analizado en este sentido- el TJUE

¹⁶⁹⁰ O en los mismos términos o equivalentes.

¹⁶⁹¹ En función de su carácter provisional o de fondo, lo que determina sus elementos procesales y, correspondientemente, la aplicación del Derecho del foro. Si es una acción de fondo al no estar previsto por el RRII, el tribunal del foro tendría que acudir a su sistema de DIPr para localizar el Derecho aplicable a esas acciones especiales.

deja claro que la previsión contenida en el art. 3 de la Directiva no es una norma de conflicto pero sí constituye un límite –*ex post*- al Derecho material que resulte aplicable –sea cual fuere la norma de conflicto-, ya que dentro del ámbito coordinado “los Estados miembros deben garantizar que (...) el prestador de un servicio de comercio electrónico no esté sujeto a requisitos más estrictos que los previstos por el Derecho material en vigor en el Estado miembro de establecimiento de dicho prestador”¹⁶⁹². La propuesta del Parlamento en este sentido no aporta nada nuevo. No recoge precisión alguna en cuanto a cómo interrelacionaría la norma de conflicto propuesta y la regla –límite- del art. 3.2 *DCE*¹⁶⁹³. De tal manera que el panorama sigue siendo exactamente el mismo al respecto, pues dicha limitación operará -en los términos señalados en el asunto *eDate Advertising*- tanto si el sistema de DIPr que localice el Derecho material aplicable sea autónomo como si es una norma de conflicto armonizada –para el caso de que finalmente se apruebe esta previsión y se modifique el RRII en este sentido-.

No obstante, puede plantearse si esta limitación opera en todos los supuestos en los que intervenga un prestador de servicios de la sociedad de la información o pueden apreciarse -por el foro- excepciones según los casos. Teniendo en consideración cuál es el objetivo que se persigue -garantizar la libre prestación de servicios dentro del Mercado Interior- y los variados supuestos en los que pueden intervenir los prestadores de servicios *online* puede concluirse que la no aplicación de este límite no siempre pondría en peligro esa libre circulación. Dejando al margen la cuestión de la responsabilidad de los prestadores de servicios -que es clara-, puede plantearse¹⁶⁹⁴ si es o no una cuestión incluida dentro del ámbito coordinado la determinación de si alguien es responsable por supuestos de difamación en la red -o de otras lesiones de derechos de la

¹⁶⁹² Asunto *eDate Advertising*, § 68 y apartado 2º del fallo.

¹⁶⁹³ Y dado que la Propuesta se limita exclusivamente a la modificación del RRII en este aspecto, podemos traer a colación el vigente Considerando 35 del Reglamento: “El presente Reglamento no debe perjudicar la aplicación de otros instrumentos que establezcan disposiciones destinadas a contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, en la medida en que no puedan aplicarse junto con la ley designada por las normas del presente Reglamento. La aplicación de las disposiciones de ley aplicable determinadas por las normas del presente Reglamento no debe afectar a la libertad de circulación de bienes y servicios regulada por los instrumentos comunitarios, como la Directiva 2000/31/CE”.

¹⁶⁹⁴ Que ya se puso de manifiesto cuando se abordó la cuestión de la repercusión de la *DCE* en la concreción del Derecho aplicable en estos litigios

personalidad-. Esto es, si resulta de aplicación o no la regla o criterio de origen de la Directiva cuando se trata de dirimir la posible responsabilidad por daños causados por las actividades de un usuario utilizando los servicios *online*. Siguiendo los objetivos de esta Directiva, parecería que no estuviera justificada la aplicación de este criterio, ya que no incide en la posible responsabilidad de los prestadores de servicios, sino en la de los particulares por las actividades que estos desarrollen en Internet. De tal manera, que –como ya se anticipó- se puede concluir que el criterio de origen en un supuesto de esta naturaleza siempre resultaría de aplicación a la posible responsabilidad del prestador de servicios *online*, pero no así para la concreción de la responsabilidad del usuario del servicio *online* por daños en los derechos de la personalidad de otro sujeto/s. No obstante, al tribunal del foro siempre le sería posible acudir a su recurso del orden público para impedir la aplicación de esta ley.

39. A parte de la propuesta de solución de ley en la materia, este documento presenta ciertas novedades que han de mencionarse. Por un lado, se propone la creación de un centro con el objeto de promover la solución extrajudicial en estos litigios transfronterizos mediante acuerdo entre las partes¹⁶⁹⁵. Por otro lado, resulta particularmente interesante la explícita mención a la incidencia del orden público en esta materia, pero no solo en el RRII sino también –y en particular-, en el RBI¹⁶⁹⁶. En lo respecta al RRII, dado que los intereses en juego –derechos de la personalidad y libertades de expresión e información-, son tutelados de muy diversa manera por los

¹⁶⁹⁵ “M. Whereas it is further considered that, in order to promote the public goods of reducing litigation, promoting access to justice, ensuring the proper functioning of the internal market and securing an appropriate balance between freedom of expression and the right to a private life, the Commission should carry out extensive consultations with interested parties, including journalists, the media and specialist lawyers and judges, with a view to proposing the creation of a centre for the voluntary settlement of cross-border disputes arising out of violations of privacy and rights relating to personality, including defamation, by way of alternative dispute resolution (ADR); whereas this would be a much more progressive and 21st-century approach to the resolution of such disputes and facilitate a move towards a more modern mediation-friendly justice culture”.

¹⁶⁹⁶ “K. whereas, nevertheless, it would not be appropriate to adopt rules of private international law for the determination of the applicable law which are skewed in one way or another to protect one right above another or designed to restrict the reach of the law of a particular Member State, particularly given the existence of the public policy/order public clause in Article 26 of the Rome II Regulation; whereas it is therefore especially important to retain the public policy control in the Brussels I Regulation.”

Estados miembros en sus Derechos sustantivos -sin que exista armonización material¹⁶⁹⁷ y sin que la armonización conflictual permita la tutela de uno de los intereses sobre el otro-, puede justificarse esta referencia al orden público del foro –lo que, por otro lado, ya está garantizado con la previsión del art. 26 RRI-. Si bien, en lo que respecta al RBI, esta precisión puede parecer reiterativa. Toda vez que en el ámbito del RBI el recurso al orden público sólo se pondría en funcionamiento en el sector del reconocimiento. Y el control de los límites de cuándo el Tribunal requerido puede acudir a su orden público para denegar el reconocimiento de una resolución originaria de otro Estado miembro, le corresponde al TJUE¹⁶⁹⁸. Y en este sentido, dado el carácter vinculante de la CDFUE y del CEDH para los Estados miembros del RBI, esto se traduce -en esta materia en particular- en que este recurso al orden público deba interpretarse –en su caso- de forma residual en el contexto comunitario.

IV.- Configuración de la norma de conflicto: posibles criterios de conexión

40. Hasta que definitivamente se apruebe una regla común específica para la concreción del Derecho aplicable a nivel comunitario, los tribunales nacionales de todos los Estados miembros ante litigios de este tipo deberán acudir a su norma de conflicto de fuente interna para localizar el posible Derecho rector de la responsabilidad derivada de los daños a los derechos de la personalidad. Esta situación –como ya se ha anticipado- puede dar lugar a muy dispares resultados en función del ordenamiento que finalmente resulte de aplicación. Las diferentes aproximaciones conflictuales por las que cada Estado miembro opta en su sistema de DIPr para este ámbito concreto de las obligaciones extracontractuales –o en algunos casos como consecuencia de la falta de regla específica de ley aplicable-, unido a la ausencia de una reglamentación sustantiva uniforme mínima entre los ordenamientos jurídicos nacionales sobre la tutela de los derechos fundamentales afectados en este tipo de supuestos (derechos de la personalidad y libertades de expresión e información), ponen de manifiesto la absoluta inseguridad e incertidumbre -de resultados- que impera en esta materia dentro de la UE. En particular, cuando los criterios de conexión que en la generalidad de sistemas se

¹⁶⁹⁷ Sin perjuicio del carácter vinculante de la CDFUE y del CEDH para los Estados miembros, lo que desde el punto de vista material no es suficiente para hablar de armonización comunitaria.

¹⁶⁹⁸ Vid. SSTJCE de 28 de marzo de 2000, C-7/98, asunto *Krombach* (§ 22) y de 11 de mayo de 2000, C-38/98, asunto *Renault*, §28.

prevén son susceptibles de un amplio margen de interpretación por el operador jurídico, como ocurre con el punto de conexión “lugar del daño”¹⁶⁹⁹ (opción por la que parece se ha decantado para una posible unificación conflictual en la materia en la revisión del RRII¹⁷⁰⁰). En este sentido, resulta de vital importancia que la configuración de la norma de conflicto aplicable para estos supuestos sea la adecuada- para evitar los problemas que ahora existen- y de ello depende básicamente la elección de un criterio de conexión apropiado.

Teniendo en consideración los resultados que en la práctica han dado los criterios de conexión existentes en los diversos sistemas de DIPr de los Estados miembros, parece que el criterio general “lugar del daño” para esta materia podría no resultar adecuado, ya que presenta particulares problemas de concreción que podrían evitarse si se optara por otros puntos de conexión más adecuados (o al menos si éste se matizara y concretara en este ámbito, en particular si el daño se verifica en el contexto virtual). Con el objeto de proponer una posible norma de conflicto común para el contexto comunitario en esta materia que resulte adecuada¹⁷⁰¹ y no presente desde el inicio problemas de concreción, van a analizarse en los siguientes apartados distintos criterios de conexión aludiendo las ventajas e inconvenientes que pueden presentar en este ámbito. Para el análisis propuesto, se tomarán principalmente como referencia las aproximaciones que al respecto han adoptado los Derechos nacionales de los Estados miembros. Ahora bien, una de las cuestiones que se plantea en este ámbito particular de responsabilidad extracontractual –derivada de daños a los derechos de la personalidad– es si la norma de conflicto debería formularse como una norma materialmente orientada a la protección de la persona perjudicada en sus derechos. En este sentido, en principio la regla *lex loci delicti commissi* no se presenta como una norma de protección de la

¹⁶⁹⁹ Como es el caso particular español, en el que todos los supuestos de obligaciones no contractuales que lleguen a los tribunales nacionales en esta materia, para concretar la *lex delicti* tendrán que acudir a la regla del 10.9 Cc: “*la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven*”, sin más precisiones.

¹⁷⁰⁰ En caso de que se siga con la tendencia apuntada por la iniciativa parlamentaria para la revisión del RRII –donde como primer criterio se mantiene el del lugar del daño: allí donde el derecho es o pueda ser afectado substancialmente–, le será extrapolable todos los problemas que al respecto puedan plantearse.

¹⁷⁰¹ Desde el punto de vista de los intereses en juego y atendiendo al principio básico de la previsibilidad para las partes.

víctima, sino que es una regla neutral que responde a razones de proximidad y previsibilidad. Aunque cuando se trata de daños deslocalizados –a distancia- y plurilocalizados como puede concretarse en distintas manifestaciones (lugar de origen y lugar/es de resultado) ¹⁷⁰² entre las que puede elegir la víctima¹⁷⁰³, de alguna forma estas previsiones favorecen la posición del perjudicado frente al presunto responsable del daño¹⁷⁰⁴.

1.-) Aplicación de la *lex fori*.

41. El carácter fundamental de los derechos de la personalidad y de las libertades a la expresión/comunicación, va a conducir muy probablemente a la aplicación de la *lex fori* –básicamente a través de recurso al orden público- a gran parte de las cuestiones que se refieren a los contenidos jurídico materiales de los derechos en cuestión¹⁷⁰⁵ - siempre y cuando el supuesto afecte a su jurisdicción- lo que va a condicionar irremediablemente el resultado del litigio. En este sentido, y en tanto que no exista un estándar mínimo común dentro de la UE para la tutela de los derechos y libertades implicados, podría plantearse la aplicación del Derecho del foro en este tipo de litigios a través de su previsión como norma de conflicto. Esta aproximación en particular podría abordarse de dos maneras.

En primer lugar, estableciéndose como la solución de ley aplicable de base en este tipo de litigios¹⁷⁰⁶. Desde el punto de vista de la previsibilidad, las partes podrían

¹⁷⁰² Siguiendo los criterios interpretativos del TJUE.

¹⁷⁰³ Algunos sistemas de DIPr nacionales de los Estados miembros permiten a la víctima elegir entre esas diversas manifestaciones del *locus delicti* -en función de aquella que le resulte más favorable para sus intereses- de manera que dan una mayor protección al perjudicado. Es el caso por ejemplo de Eslovenia (art. 30 de la *Private International Law and Procedural Act*, aunque con matizaciones ya que para que pueda elegir el Derecho del lugar de resultado es necesario que el presunto responsable pudiera haber previsto que las consecuencias de su comportamiento se manifestaría en dicho Estado).

¹⁷⁰⁴ Vid. J. Dolinger, “Evolution of Principles...”, *loc. cit.*, pp. 488 y ss.

¹⁷⁰⁵ Lo que supone precisamente un resultado material de acuerdo con el *standard* “paneuropeo”. Expresión acuñada al efecto por M. Amores Conradi y E. Torralba Mendiola, en “Difamación...”; *loc. cit.*, p.7.

¹⁷⁰⁶ Esta es la aproximación que se reclamaba antes de la iniciativa legislativa del Parlamento

conocer el Derecho rector de su relación desde el principio si fuera de aplicación al caso el RBI, ya que conocido el fuero se conoce el Derecho aplicable¹⁷⁰⁷. Pero esto sólo sería válido para los supuestos intracomunitarios –generalmente cuando el presunto responsable tenga su domicilio/residencia/establecimiento en un Estado UE¹⁷⁰⁸-, toda vez que si no resulta aplicable el RBI esa previsibilidad para el demandado quebraría totalmente –en particular cuando se trate de demandados de terceros Estados y el ámbito donde se desarrollaron las actividades presuntamente lesivas fuera Internet-. Además, esto podría fomentar el libel turismo –o el *forum shopping* en general- ya que se trataría de demandar siempre en aquellos países donde la tutela a los derechos de la personalidad sea más garantista –o, en sentido contrario, donde la tutela de las libertades de expresión y/o información sea más restringida-. Además, esta aproximación podría conducir a la aplicación de este Derecho incluso en aquellos supuestos en los que no se ven afectados los intereses del foro. Esto es, si se consagrara sin más esta regla, sin que se condicione su aplicación a aquellos supuestos en los que la situación caiga dentro del ámbito de protección de la *lex fori* –porque el daño se ha materializado en este Estado por estar tutelados allí los intereses lesionados- podrían darse supuestos tales como la aplicación de la ley del foro a un litigio sin conexión alguna con este ordenamiento¹⁷⁰⁹. A lo que ha de añadirse los correspondientes problemas posteriores de reconocimiento de la resolución judicial fuera del ámbito de aplicación del RBI. En consecuencia, esta solución sin un mínimo uniforme común para todos los Estados UE no cumple con el equilibrio necesario para lograr el consenso como norma de conflicto común.

En segundo lugar, otra posible forma de dar paso a esta solución, podría ser recogerla como regla complementaria a la general aplicable o como límite al Derecho extranjero que resulte aplicable. Es decir, sin perjuicio de cuál sea el Derecho aplicable al fondo siempre serían de aplicación las normas materiales imperativas del foro –cuando los intereses del foro se vieran afectados-. Pero sería innecesaria esta mención,

europeo para la revisión del RRII, entre otros *vid.* M. George, “Heiderhoff: Privacy and Personality Rights in the Rome II Regime - Yes, Lex Fori, Please!”, (20 de julio de 2010), publicado en Conflict of Law.net, <http://conflictflaws.net/2010/heiderhoff-privacy-and-personality-rights-in-the-rome-ii-regime-yes-lex-fori-please/>.

¹⁷⁰⁷ Lo que en la práctica se traduciría en su tramitación como litigios domésticos.

¹⁷⁰⁸ Salvo hipotéticos supuestos de sumisión a un tribunal UE.

¹⁷⁰⁹ Con lo quedaría sin justificación esta regla.

toda vez que ésta es precisamente la función u objetivo que cumple el recurso al orden público. De tal manera que es posible concluir que la aplicación del Derecho del foro como criterio único –o complementario- de conexión en este tipo de litigios no resulta conveniente, ya que se cuentan con otros medios más adecuados que cumplen con esta función. No obstante, esta particular aproximación puede verse –al menos en lo que respecta a ciertas cuestiones de la causa- en algún sistema de DIPr autónomo. Es el caso de Hungría en el que si bien la norma de conflicto general aplicable a las obligaciones extracontractuales es la del lugar y de momento de la infracción, si se verifica que la ley del foro (el Derecho húngaro) resulta más favorable para el perjudicado en lo que se refiere a la reparación o indemnización que le corresponde por el daño sufrido, será aplicable esta última. En este sentido, la *lex fori* actúa como un estándar mínimo de protección del perjudicado, desplazando la aplicación del Derecho extranjero cuando éste resulte menos protector para el perjudicado –en cuanto a la reparación o indemnización del daño-.

42. Esta aproximación sustitutiva de la *lex loci delicti* no es nueva ni particular de esta materia, sino que ya se ha planteado por la doctrina para la generalidad de casos de responsabilidad extracontractual derivada de actos delictivos o casi delictivos¹⁷¹⁰. Esta solución se justificaría -en general- por la condición de responsabilidad delictual que generalmente obliga a los tribunales a aplicar exclusivamente el Derecho nacional -lo que es debido a su proximidad de este sector del Derecho al Derecho penal de carácter público-¹⁷¹¹, e incluso ha tenido reflejo en los sistemas de DIPr autónomo de ciertos Estados miembros¹⁷¹². Si bien, esta argumentación no parece que se admita sin más por todos¹⁷¹³. Toda vez que el Derecho penal y el Derecho de la responsabilidad

¹⁷¹⁰ El primer gran movimiento contrario a la *lex loci delicti* tuvo lugar en la primera mitad del siglo XIX por parte de C. G. von Wächter y F. C. von Savigny, quienes proponían que a los actos ilícitos se les aplicara la *lex fori*. Vid. T. Kadner Graciano, *La responsabilité...*, *ob.cit.*, pp. 23-24. Esta teoría también ha sido observada por la doctrina actual, entre otros J. H. C. Morris, *Conflict of Laws*, 5ª ed. London, 2000, pp. 354 y ss; W. Binchy, *Irish Conflicts of Laws*, London, 1988, pp. 567 y ss., si bien con resultado distinto.

¹⁷¹¹ Vid. T. Kadner Graciano, *La responsabilité ...*, *ob. cit.*, p. 24.

¹⁷¹² Como es el caso griego, donde hasta la reforma del Código civil de 1940/46, preveía la aplicación de la ley del foro (art. 6.2 C.Civil de 1856, reemplazado por el art. 26 del C. civil de 1940/1946).

¹⁷¹³ Vid. J. H. C. Morris, *Conflict of...*, *ob. cit.*, pp. 354 y ss.; en el mismo sentido, W. Binchy,

civil –aunque extracontractual- persiguen objetivos en gran parte muy distintos. Y como las consideraciones que sirven para establecer las cuestiones de competencia judicial internacional no son las mismas que las relativas a la ley aplicable, parece que no es adecuado hacer depender la ley aplicable del lugar donde se ejercita la acción¹⁷¹⁴. En este sentido, la aplicación de la ley del foro con independencia de la existencia de cierta conexión con este Estado parece que se antoja arbitraria y puede ser considerado por ciertos Estados como inconstitucional¹⁷¹⁵ -e incluso contrario al Derecho internacional público¹⁷¹⁶-.

Visto lo anterior parece que la *lex fori* como regla para lograr la armonización internacional de soluciones en este ámbito no es posible, en la medida que ésta conduce necesariamente a la aplicación de un Derecho diferente en función del Estado en el que la acción es ejercitada. En consecuencia, y a pesar de la tendencia de ciertos tribunales nacionales de Estados miembros a aplicar la ley del foro¹⁷¹⁷, esta regla difícilmente podrá consagrarse como principio de base para los actos ilícitos en ninguno de los Estados comunitarios.

2.-) Aplicación acumulativa de la *lex fori* y la *lex delicti*

43. Esta segunda alternativa se deriva de la jurisprudencia anglosajona. Fundamentalmente trae causa del doble test o control que todavía está vigente en el sistema inglés en materia de difamación: la *double actionability rule*. En este sentido

Irish Conflicts..., *ob. cit.*, p. 568; con carácter previo ya se había manifestado en contra Y. P. Bourel, *Les conflicts de lois...*, *ob. cit.*, pp. 20 y ss. ; y posteriormente lo ratifica en Loussouarn/ P. Bourel, *Droit international privé*, *ob. cit.*, p. 179.

¹⁷¹⁴ Cf. T. Kadner Graciano, *La responsabilité...*, *ob. cit.*, p. 24.

¹⁷¹⁵ Lo que puede manifestarse después en fase de reconocimiento mediante su denegación.

¹⁷¹⁶ En este sentido, el sistema griego parecía favorable a esta postura en su reglamentación de 1940. Cf. G. S. Maridakis, “Les principaux traits de la récente codification hellénique touchant le droit international privé”, *R. des C.*, vol. 85, 1954-I, pp. 107-238, en esp. pp. 121 y ss.

¹⁷¹⁷ Puede verse por ejemplo esta tendencia en el DIPr italiano en T. Ballarino/ A. Bonomi, *Diritto Internazionale Privato*, *ob. cit.*, p. 720; también lo favorable que se manifiesta en la aplicación de la ley del foro por la jurisprudencia italiana en la determinación de la ley aplicable en la materia – responsabilidad extracontractual-, puede verse en P. Mengozzi, *Diritto Internazionale Privato italiano*, Torino, 1983, en el capítulo dedicado al DIPr de la responsabilidad extracontractual.

siempre que un litigio de estas características se presente ante un órgano jurisdiccional inglés, para poder proceder a su enjuiciamiento se someterá a dos Derechos distintos: el del lugar del daño (*lex loci delicti*, como regla de base), pero además al Derecho inglés (*lex fori*). De tal manera que la responsabilidad del demandado será evaluada desde estos dos sistemas jurídicos, y en caso de que en alguno de estos ordenamientos el supuesto no sea susceptible de enjuiciamiento el procedimiento no seguirá. Entre los motivos que se alegan por los tribunales ingleses para justificar esta regla se encuentra el carácter fundamental de los valores del ordenamiento jurídico que caracterizan las decisiones en materia de responsabilidad delictual¹⁷¹⁸. La regla de la *double actionability* otorga una importancia determinante al Derecho del foro, con independencia de si la situación litigiosa en cuestión tiene o no conexión con ese Estado. La ley del foro se consagra en este sentido como el principal obstáculo para el demandante, ya que tiene que sortear los obstáculos de dos Derechos distintos –lo que es del todo atípico en el DIPr europeo e incluso en el inglés¹⁷¹⁹-. Y es que el impacto de la *double actionability rule* incide en ambas partes del litigio: demandante y demandado¹⁷²⁰. De tal manera que de conformidad con la *lex fori* y la *lex loci delicti* debe la responsabilidad civil concurrir

¹⁷¹⁸ Vid, entre otros los asuntos, *The Halley* (1868) L. R. 2 (Privy Council) 193; *Phillips v. Eyre* (loc. cit.); *Red Sea Insurance v. Bouygues SA* (loc. cit.). Un análisis de estos motivos puede verse, desde la perspectiva Irlandesa, en W. Binchy, *Irish Conflicts...*, ob. cit., pp. 572 y ss.; en general en el sistema inglés, Dicey, Morris & Collins, *The conflict of laws*, ob. cit., §35-003 y ss.; P. M. North/J.J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, 13ª ed. London/Edimburgo/Dublin, 1999, pp. 609 y ss. y A. E. Anton/ P. R. Beaumont, *Private International Law*, Edimburgo, 1990, pp. 397 y ss. Además, esta regla pone de manifiesto la fuerte convicción que se tiene por los tribunales ingleses en lo bien fundamentado que se encuentra su propio Derecho en materia de responsabilidad delictual y, en consecuencia, una gran desconfianza en los Derecho extranjeros. Cf. T. Kadner Graciano, *La responsabilité...*, ob. cit., p. 25.

¹⁷¹⁹ Ya que esta regla ha sido eliminada para el resto de materia salvo para la difamación por la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act* de 1995, Part. III, Sect. 13, sobre *Choice of Law in Tort and Delict*. Vid., A. Mayss, “Statutory Reform of Choice..”, loc.cit. Respecto de la exclusión de la materia de difamación, la *Law Commission* en su *Report 193, Private International Law, Choice of Law in tort and delict*, pp. 19-20 (disponible en <http://www.scotlawcom.gov.uk/downloads/rep129.pdf>), defendió la elaboración de una previsión específica para esta materia sobre la siguiente regla: cuando el Reino Unido fuera el Estado de origen de la declaración difamatoria debería aplicarse su ley con independencia del dónde se publique posteriormente el daño alegado.

¹⁷²⁰ Tal y como se ha desarrollado en el ordenamiento jurídico inglés, principalmente por la jurisprudencia. Vid. J. J. Álvarez Rubio (director), *Difamación y protección...*, ob. cit., pp. 162-167.

entre las partes implicadas en el proceso judicial¹⁷²¹. Todo ello se traduce en que si de conformidad con la *lex loci delicti* la acción solo puede ser interpuesta por una persona que es distinta de la que está solicita la tutela judicial no podrá ejercitarse esa acción ante esos tribunales. Y del mismo modo, si de acuerdo con la *lex fori* el comportamiento del demandado no genera responsabilidad exigible esa acción tampoco podrá llevarse a cabo¹⁷²². Es por esto por lo que es fuertemente criticada por la propia doctrina inglesa¹⁷²³. Como consecuencia directa de las numerosas críticas a esta regla en el sistema inglés se ha consagrado la *lex loci delicti* como regla de base para el DIPr de la responsabilidad extracontractual en Inglaterra, Escocia, Irlanda del Norte y Gales¹⁷²⁴. Si bien, la regla de la doble accionabilidad se mantiene precisamente en los supuestos de atentados contra los derechos de la personalidad¹⁷²⁵. Mientras que en otros países del *common law* se ha abandonado definitivamente esta aproximación en favor de la regla *lex loci delicti* – es el caso de Canadá y de Australia¹⁷²⁶-. Dentro de los Estados comunitarios pertenecientes al *common law* puede referirse Irlanda como uno de los países en el que tampoco parece

¹⁷²¹ *Ibid.*, p. 164.

¹⁷²² Como así ocurre por ejemplo en Chipre. *Vid.* A. Neocleous, *Introduction to Cyprus Law*, Limassol, 2000, p. 883.

¹⁷²³ Se ha llegado a decir que el requerimiento de la “actionability” según el Derecho del foro es contradictorio con la mayoría de las premisas del DIPr. *Cf.* A. E. Anton/ P. R. Beaumont, *Private International Law*, Edimburgo, 1990, p. 397. Incluso que esta aproximación pone en cuestión la propia existencia del DIPr (*cf.* J. H. C. Morris, *Conflict of Laws*, *ob. cit.*, p. 281), por poner algunos ejemplos. Y en términos similares pueden verse jurisprudencia nacional contraria a la aplicación de esta regla. En este sentido la Corte Suprema irlandesa ha manifestado su oposición firme a aplicar esta regla en el DIPr irlandés toda vez que puede conducir a decisiones arbitrarias. *Vid.* asunto *Patrick Grehan v. Medical Incorporated and Valley Pines Associates* (1986) I. L. R.M. 627 (S.C.).

¹⁷²⁴ *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act de 199 (loc cit.)*.

¹⁷²⁵ *Vid.* T. Kadner Graziano, *La responsabilité...*, *ob. cit.*, pp. 78-79; C. J. J. Morse, “Torts in Private International Law: A new Statutory Framework”, *ICLQ*, vol. 45, núm. 4, 1996, pp. 892-893, en esp. p. 889 y A. Reed, “The Anglo-American Revolution in Tort Choice of Law principles: Paradigm Shift or Pandora’s Box”, *Arizona J.Int. & Comp. L.* vol. 18, nº. 3, 2001, pp. 932-933, en esp. pp. 910-919 (<http://www.law.arizona.edu/Journals/AJICL/AJICL2001/vol183/ReedArticle.pdf>.)

¹⁷²⁶ Tal y como muestra su jurisprudencia, *vid.* Sentencia del TS de Canadá, de 15 de diciembre de 1994, asunto *Tolofson v. Jensen* (1994) 3 S.C. R. 1022, disponible en www.conlii.org/ca/cas/scc/1994/1994scc107.html; Sentencia de la High Court of Australia, de 14 de marzo de 2002 (*Regie Nationale des Usines Renault SA v Zhang*), (2002) HCA 10, en www.austlii.edu.au. Comentada por G. Lindell, “Case note: Regie National Des Usines Renault Sa v. Zhang”, *Melb. J. Int. L.*, vol. 3, 2002, pp. 364-382.

que resulta admisible esta aproximación de la *double actionability* por sus tribunales¹⁷²⁷. De manera resumida puede afirmarse que la *Supreme Court of Ireland*¹⁷²⁸ ha optado por una aproximación flexible en cuanto a la norma de conflicto a aplicar en los supuestos de responsabilidad extracontractual. Parece que defiende que según el caso ha de utilizarse distintas normas de conflicto, las cuales serán seleccionadas atendiendo a las consecuencias socio-económicas que la adopción de una u otras normas implicarían. No admite la aplicación de la *double actionability rule*, sin embargo recoge una alternativa concreta para ella. No existe referencia alguna a la norma de conflicto de partida ni a las posibles soluciones alternativas, y en su caso, cuáles son las conexiones o los vínculos significativos que deberían atenderse¹⁷²⁹. En consecuencia, desechada la regla de la doble accionabilidad, las normas de conflicto propias del sistema de DIPr irlandés no generan la necesaria seguridad jurídica para las partes.

44. Ahora bien, no queda claro si la difamación o calumnia, injurias verbales o supuestos de naturaleza similar, cubren todos los supuestos posibles de violación o atentados contra los derechos relacionados con la personalidad, de tal forma que es posible que esta regla de la doble accionabilidad no debiera operar en todos los supuestos de lesiones a los derechos de la personalidad¹⁷³⁰. Además, esta regla de la *double actionability* se aplica únicamente en supuestos de difamación transfronteriza planteados ante los tribunales ingleses frente a acciones realizadas por el demandado en el extranjero. Toda vez que, cuando las acciones del presunto responsable –el

¹⁷²⁷ Aunque su Derecho conflictual en materia de obligaciones extracontractuales se ha desarrollado junto con otros Derecho del common law, la regla de la *double actionability* -propia de los sistemas anglosajones- fue rechazada radicalmente a mediados de los años ochenta. Vid. la decisión de la Supreme Court of Ireland, en el asunto *Patrick Grehan v. Medical Incorporated and Valley Pines Asssociates* (1986) I. L. R.M. 627 (S.C.), critica la aplicación de esta regla establecida en *Phillips v. Eyre* (*loc. cit.*). Por la doctrina, entre otros puede verse, P. M. North, “Reform, but Non Revolution”, *loc. cit.*, pp. 231 y ss. Si bien, también es posible encontrar decisiones posteriores de este tribunal que se muestra favorable a esta regla (*vid.* caso *An Bord Trachtala v. Waterford Foods Ltd.*, High Court, 25 de noviembre de 1995).

¹⁷²⁸ Asunto *Patrick Grehan v. Medical Incorporated and Valley Pines Asssociates*, *loc. cit.*

¹⁷²⁹ Para un análisis de la jurisprudencia irlandesa sobre la cuestión y las implicaciones de su aproximación en el *status quo* actual, véase, J. J. Álvarez Rubio (director), *Difamación y protección...*, *ob. cit.*, pp. 165-167.

¹⁷³⁰ Vid. C. J. J. Morse, “Torts in Private International”, *loc. cit.*, pp. 892-893; A. Reed, “The Anglo-American Revolution in Tort...”, *loc. cit.*, pp. 932-933.

demandado- hayan tenido lugar dentro de la jurisdicción del Reino Unido no surgen problemas de ley aplicable, pues exclusivamente se aplicará por los tribunales el Derecho inglés con independencia de que el supuesto tenga conexiones substanciales con otro país¹⁷³¹. En cualquier caso, esta regla puede ser matizada, ya que puede ser interpretada de manera flexible por los tribunales en aquellos casos en los que su aplicación puede conducir a una injusticia, aplicando en tal caso el Derecho que presente conexiones más significativas con el supuesto, siendo este último ordenamiento el que establecería la responsabilidad del demandado¹⁷³². Además, el desarrollo jurisprudencial de esta norma por los tribunales ingleses incide directamente en otros Estado europeos pertenecientes al *common law*, como es el caso de Malta¹⁷³³ o Chipre¹⁷³⁴. En cualquier caso, esta regla tiene una clara excepción. Según esta regla especial, el tribunal podrá –en casos concretos- aplicar otro Derecho cuando este último presente vínculos más estrechos con el supuesto en particular y las partes. A través de esta excepción se incrementa la flexibilidad de la norma y se impiden supuestos de injusticia que pudieran darse como consecuencia de la aplicación rígida de la norma general¹⁷³⁵.

45. De todo lo anterior podría derivarse que esta regla que conjuga

¹⁷³¹ Sobre este aspecto, véase, A. Mayss, “Statutory Reform of Choice...”, *loc. cit.*.

¹⁷³² *Vid.*, P. Rogerson, “Choice of Law in Tort...”, *loc. cit.*, p. 650.

¹⁷³³ Actualmente no existe ninguna ley maltesa que establezca claramente sus propias normas de conflicto, en consecuencia, la fuente de las normas de conflicto de este país se encuentra básicamente en las reglas de conflicto del Reino Unido –puesto que los tribunales malteses aplican e interpretan las normas de conflicto inglesas y, por lo tanto, también la *double actionability rule*-. *Vid.* J. J. Álvarez Rubio (director), *Difamación y protección...*, *ob. cit.*, pp. 162.

¹⁷³⁴ Los principios del *common law* del Derecho inglés serán de aplicación en los tribunales chipriotas cuando no existan una norma específica o jurisprudencia en el ordenamiento chipriota para el caso concreto. Entre la doctrina, *vid.* A. Neocleous, *Introduction to Cyprus...*, *ob. cit.*, p. 871; por la jurisprudencia asunto *Cochino v. Irfan* (1997) 11 JSC, 1780. Igual que ocurre en el Derecho inglés, cuando el daño se produce en Chipre los tribunales aplicarán el Derecho sustantivo del foro –por ser la *lex loci delicti commissi*. *Vid.* *Supreme Court of Cyprus* en el caso *Georghiades and son v. Kaminaras* (1958), CLR, 276. Y para el caso de supuestos de difamación materializados en el extranjero, los tribunales chipriotas acudirán al sistema de DIPr inglés -incluida la *double actionability rule*-. *Vid.* *Supreme Court* de Chipre en el asunto *Safarino v. Stavrinou*, (1991) 1 JSC, 1059 (referida en A. Neocleous, *Introduction to Cyprus...*, *ob. cit.*, p. 883).

¹⁷³⁵ *Ibidem*.

acumulativamente la ley del foro y la ley del lugar del daño –lugar de difusión de los contenidos difamantes en caso de medios de comunicación- no parece que resulte adecuada para conseguir la armonización conflictual que se busca en la materia. De tal manera que, la sola tentativa duradera dirigida a hacer sitio a *lex fori* junto a la *lex delicti*, o incluso de reemplazar ésta por la primera, queda razonablemente descartada¹⁷³⁶, lo que no significa que no pueda darse en la práctica esta precisa acumulación de ordenamientos jurídicos aplicables. Puesto que en aquellos supuestos en los que el litigio esté conectado con el foro –y, en consecuencia sus intereses puedan verse afectados- la incidencia del Derecho del foro está garantizada a través del recurso al orden público.

3.-) La aplicación de la *proper law of a tort*

46. La tercera de las alternativas que se barajan es la aplicación de la denominada *proper law of a tort*. Esta aproximación parte de la premisa de que la ley del lugar del daño no siempre es la más apropiada para resolver sobre todos los supuestos de responsabilidad extracontractual, pues es posible que haya otro ordenamiento en presencia más próximo al caso y, en consecuencia, más apropiado. En este sentido, se considera que la regla del lugar del daño es demasiado rígida pues no tiene en consideración las circunstancias particulares del caso, lo que puede conducir en ocasiones resultados arbitrarios. Esta es precisamente la regla de base en el Derecho de daños norteamericano¹⁷³⁷. En el sistema americano la *Second Conflicts Restatements*¹⁷³⁸ es la norma conflictual fundamental en materia de responsabilidad extracontractual derivada de daños (Derecho de daños), donde se encajan los litigios por lesiones a los derechos de la personalidad. En su *sección 6* recoge una provisión que determina que la ley aplicable tendría que ser aquella con la que el supuesto presente la mayor conexión – “*the most significant relationship to the tort*”¹⁷³⁹-. Otros Estados pertenecientes al sistema del *common law* han adoptado otros criterios de localización, pero que pueden aglutinarse en la aplicación de la “*proper law of a tort*”, ya que en esencia estas formas

¹⁷³⁶ Vid. T. Kadner Graciano, *La responsabilité...*, *ob. cit.*, p. 26.

¹⁷³⁷ Vid. J. H. C. Morris, “The proper Law of a Tort”, 64 *HLR*, 1951, pp. 881-895

¹⁷³⁸ Publicada en 1971 por el *American Law Institute* (ALI).

¹⁷³⁹ Lo que se concreta a través de un test.

son similares en cuanto a su aproximación¹⁷⁴⁰. En este sentido, el lugar donde se encuentran los intereses presentes en el caso concreto es determinante para concretar la ley aplicable, más que las conexiones estrictamente territoriales¹⁷⁴¹. Así por ejemplo, la conexión por la ley personal común es tradicional y permite –en el sector de Derecho aplicable- que el litigio sea resuelto de conformidad con una ley más próxima, más vinculada que la *lex loci delicti commissi*¹⁷⁴².

Si bien, desde la perspectiva europea la generalidad de Estados - incluso en Inglaterra¹⁷⁴³- han descartado esta aproximación fundamentalmente por la inseguridad jurídica que ésta regla ocasiona para las partes¹⁷⁴⁴. En este sentido parece que queda descartada, al menos como criterio de base para la armonización, pero sí puede servir de base para el desarrollo del DIPr de la responsabilidad extracontractual en el sentido de corregir los problemas de la actual regla básica: el *locus delicti*. Y en esta línea, esta aproximación puede verse detrás de la previsión general de las cláusulas de escape en las que a través del recurso a los vínculos más estrechos se trata de mitigar la rigidez propia de reglas de ley aplicable tales como el lugar del daño (por ejemplo, el art. 4.3º RRII). Precisamente en los sistemas de DIPr de fuente interna de ciertos Estados miembros, en ocasiones la regla general *locus delicti* va acompañada de una cláusula de escape fundamentada en los vínculos más estrechos¹⁷⁴⁵. Aunque esta cláusula funciona de distinta forma según el sistema aplicado, el denominador común es que será el

¹⁷⁴⁰ Por ejemplo en el asunto *Patrick Grehan v. Medical Incorporated and Valley Pines Asssociates* (*loc. cit.*), la Corte Suprema irlandesa se mostró favorable a este tipo de aproximación.

¹⁷⁴¹ El precedente de estas aproximaciones se encuentra en el asunto *Babcock c. Jackson*, 191 N.E.2d 279 (N.Y. 1963), donde quedó de manifiesto que el lugar del daño no siempre es el más conectado con el supuesto y, en consecuencia, no es la ley de tal lugar la más apropiada para resolver, sino que existen otros intereses en juego que hay que atender en cada caso concreto. En este caso en particular la ley personal común entre las partes fue la que determinó la conexión más próxima.

¹⁷⁴² Siendo una de las conexiones más utilizadas en materia de obligaciones extracontractuales junto a la regla especial *lex loci delicti*.

¹⁷⁴³ En particular, puede verse la como ejemplo donde la jurisprudencia inglesa se muestra desfavorable a esta aproximación el asunto *Boys v. Chaplin* (*loc. cit.*); Lord Hodson, p. 337, Lord Guest, p.381, Lord Doniovan, p. 383, Lord Wilberforce, p. 391 y Lord Pearson, p. 405.

¹⁷⁴⁴ *Vid.*, Y. Loussouarn y P.Bourel, *Droit international privé, ob. cit.*, § 180; E. B. Crawford, *International private Law in Scotland*, Edimburgo, 1998, §13.10. En sentido contrario, P. Rogerson, “Choice of Law...”, *loc. cit.*, pp. 650- 658.

¹⁷⁴⁵ *Vid.*, T. Kadner Graciano, *La responsabilité...., ob. cit.*, pp. 37-38.

tribunal del foro que conoce del asunto el que debe valorar esa conexión más próxima. Por ejemplo, el art. 30.2 de la *Private International Law and Procedural Act* de Eslovenia, establece que si la ley concretada en el primer párrafo (*locus delicti commissi*) no presenta una especial conexión con el supuesto y por el contrario hay otro ordenamiento con el que tiene una clara conexión, se aplicará este último. Como se observa, esta cláusula de escape no funciona en todos los supuestos, sino que es necesario que la ley generalmente aplicable (art. 30.1) no tenga una conexión clara con la relación. Si este ordenamiento sí tiene conexión debería ser aplicable aunque existiera otra ley con la misma o incluso mayor vinculación con la relación extracontractual. El problema que aquí se plantea es que si bien se logra una gran flexibilidad con esta regla, al mismo tiempo se introduce un elemento de inseguridad que resta previsibilidad a la norma –toda vez que ésta no recoge qué circunstancias deben tomarse en cuenta por el tribunal y, en consecuencia, habrá que esperar a que sea la jurisprudencia nacional de este país la que identifique tales extremos: los vínculos y su relevancia-. En términos similares la *Estonian International Private Law Act* del 2002 establece como excepción a las reglas generales de conexión del art. 50 (*lex loci delicti commissi*) el criterio vínculos más estrechos (art. 53). Pero a diferencia del caso anterior, en esta ocasión sí que establecen directrices que permiten –*a priori*- localizar ese ordenamiento jurídico más conectado con el supuesto¹⁷⁴⁶. El art. 52 en su apartado segundo indica cuándo debe entenderse que existe una vinculación más estrecha con la relación. Así, esa conexión más estrecha podrá surgir en particular: 1º) de una relación legal o de una conexión de hecho previa entre las partes, o 2º) por el hecho de que en el momento en el que se tiene lugar el hecho generador del daño las partes tiene residencia habitual común en el mismo Estado. De esta forma se consigue la previsibilidad y seguridad jurídica de la norma –si bien es cierto que se pierde cierta flexibilidad propia de este tipo de cláusulas-. Más próximo a esta aproximación se encuentra también el caso alemán. El artículo 41 de la EGBGB permite sustituir la aplicación del ordenamiento concretado por las reglas del art. 40 por otra ley que –por circunstancias especiales- presente una conexión más estrecha con la situación jurídica privada¹⁷⁴⁷. También ofrece criterios para valorar esas conexiones especiales, pues según el art. 41 un nexo de este tipo puede derivarse de una relación especial jurídica o de facto entre las partes de la relación

¹⁷⁴⁶ Además de que en este caso –para aplicar la cláusula de escape- no es necesario probar la falta de conexión clara entre el supuesto y la *lex loci delicti commissi* –como en el caso anterior-.

¹⁷⁴⁷ Vid. K. Fach Gómez, “La nueva regulación...”, *loc. cit.*, pp.289-290.

jurídica extracontractual. Por último¹⁷⁴⁸ puede referirse el sistema autónomo austriaco, pues éste también permite sustituir la aplicación de la *lex delicti* por otra con la que el caso y las partes muestren un vínculo más fuerte¹⁷⁴⁹.

4.-) Elección de ley aplicable

47. Otra solución de ley aplicable que se baraja para este tipo de daños es introducir la autonomía de la voluntad de las partes para concretar este extremo. La elección del Derecho aplicable, en tanto que criterio de conexión principal en este sector, constituye la cuarta de las alternativas fundamentales a la *lex loci delicti commissi*. Esta solución, que es el criterio fundamental en el DIPr contractual, constituye la solución más interesante de las hasta ahora analizadas –aunque en la práctica no tenga mucho protagonismo¹⁷⁵⁰-. Por ello, merece un examen más profundo¹⁷⁵¹.

Esta regla no es nueva ni ajena a la materia extracontractual, pues puede encontrarse tanto en sistemas de fuente interna de DIPr como en el comunitario: en el RRII. Desde el punto de vista autónomo, la práctica europea nacional en esta cuestión varía. Por un lado, pueden encontrarse sistemas nacionales en los que la elección del Derecho aplicable se configura como criterio de conexión principal –no sólo en materia

¹⁷⁴⁸ Si bien no se trata de una lista exhaustiva de Estados sino únicamente algunos de ellos a modo de ejemplo.

¹⁷⁴⁹ En este sistema jurídico aunque se prevé como criterio de conexión general la residencia o nacionalidad común de las partes, en ocasiones la cláusula de escape -vínculos más estrechos- absorbe aquél, al presentarse la residencia/nacionalidad común como una concreción de este último. De tal manera que la nacionalidad común y la residencia común –y de entre estos dos el último- constituyen vínculos más estrechos que permiten desplazar la aplicación de la ley del lugar del daño. *Vid.* J. Dolinger, “Evolution of Principles...”, *loc. cit.*, p. 486.

¹⁷⁵⁰ En los casos de atentados contra los derechos de la personalidad por los medios de comunicación, normalmente las partes enfrentadas están poco dispuestas a negociar, toda vez que la relación jurídica que les une –por lo general- tiene desde su inicio carácter litigioso. *Vid.* J. Dolinger, “Evolution of Principles...”, *loc. cit.*, pp. 493-494; T. Kadner Graciano, *La responsabilité...*, *ob. cit.*, p. 77.

¹⁷⁵¹ Sobre el lugar que puede ocupar la autonomía conflictual de las partes en materia de obligaciones extracontractuales en general, *vid.* T. Kadner Graciano, *ibid.*, pp. 27-33.

contractual sino también extracontractual¹⁷⁵². Pero, por otro lado, en otros sistemas la autonomía de la voluntad de las partes aparece en una posición subsidiaria en la sistematización de los puntos de conexión de la responsabilidad extracontractual si bien, si efectivamente hay una elección de Derecho, esta conexión prevalece sobre el resto¹⁷⁵³. Y en los ordenamientos jurídicos en los que no se contiene disposición expresa al respecto, la jurisprudencia se ha manifestado favorable a admitir la elección del Derecho aplicable por los implicados¹⁷⁵⁴. Pero además, el alcance de la autonomía de las partes tampoco es igual en todos los Estados, puesto que algunos sistemas lo admiten sin límites y otros, en cambio, lo prevén con restricciones. Así, en algunos sistemas la elección del Derecho puede realizarse antes o después de que se verifique el evento dañoso del que deriva la responsabilidad extracontractual¹⁷⁵⁵. Aunque en este tipo de litigios rara vez esta elección se llevará a cabo *ex ante*, este supuesto no es imposible, pues puede que exista entre las partes una relación previa, por ejemplo una relación contractual donde se recoja esta previsión aplicable para todos los litigios que surjan entre ellos, dentro y fuera del círculo de intereses del contrato-. Por otro lado, hay Estados en los que la elección del Derecho aplicable sólo es admitida si se realiza después del evento dañoso (*ex post*)¹⁷⁵⁶. Además, es posible que las partes no sean libres

¹⁷⁵² Es el caso, por citar algunos, del art. 132 de la Ley de DIPr suiza y del § 35 apartado 1º de la Ley DIPr austriaca (Ley de 15 de junio de 1978 sobre el Derecho internacional privado –IPRG–, publicada en el Diario Oficial austriaco, BGBl. n° 304/1978).

¹⁷⁵³ Es el caso, por ejemplo, del art. 42 del EBGB alemán; del art. 6 de la Ley de DIPr de la responsabilidad extracontractual de los Países Bajos (Ley sobre conflictos de leyes en materia de actos ilícitos -*Wet conflictenrecht onrechtmatige daad*-)

¹⁷⁵⁴ Por ejemplo en Francia, como muestra la sentencia la Corte de Casación francesa de 16 de abril de 1988 (*Roho c. Caron et autres*), *Rev. crit. dr. int. pr.* 1989, pp. 68-71, con nota de H. Batiffol. Véase toda la jurisprudencia francesa y belga referida en T. Kadner Graziano, *La responsabilité...*, *ob. cit.*, p. 27. nota n° 131.

¹⁷⁵⁵ En este sentido, el § 35 apartado 1º de la Ley DIPr austriaca, que establece como primer criterio para determinar la ley aplicable a la responsabilidad por los daños causados en los derechos de la personalidad la autonomía de las partes –y solo en defecto de esta elección se aplicará el criterio lugar donde se produce la conducta generadora del daño). En términos similares el art. 6 de la ley de DIPr de la responsabilidad extracontractual de los Países Bajos (que sustituye a la regla general del lugar del daño del art. 3).

¹⁷⁵⁶ Como es el caso de las legislaciones alemana, lituana, rusa y suiza, que prevén expresamente la posibilidad de elección del Derecho aplicable posterior al evento dañoso. Para un análisis particular del caso de la República Federal Suiza, véase T. Kadner Graciano, *La responsabilité...*, *ob. cit.*,

de elegir el Derecho que ellos quieran. En este sentido, únicamente el Derecho suizo, el ruso y el lituano prevén un ejercicio restringido de la autonomía. Ya que estos sistemas jurídicos lo que admiten únicamente es la elección a favor del Derecho del foro¹⁷⁵⁷. En el resto de ordenamientos jurídicos europeos comparados no existen restricciones a las partes en cuanto a qué ley elegir. También pueden verse notables diferencias en cuanto a la forma en la que puede incidir el comportamiento y voluntad de las partes en el Derecho aplicable. De tal manera que, en los DIPr europeos las partes generalmente disponen de distintos medios/formas para incidir en el Derecho aplicable – al margen del ejercicio propiamente dicho de la autonomía conflictual de común acuerdo-. Por ejemplo, si la elección del Derecho aplicable *ex ante* está excluida en el sistema de DIPr pero entre las partes hay una relación contractual preexistente, es posible que, de manera accesorio, el criterio de elección del Derecho previsto para las obligaciones contractuales se aplique para las pretensiones extracontractuales entre ellos¹⁷⁵⁸. De esta manera, las partes pueden determinar –indirectamente- el Derecho aplicable a la responsabilidad extracontractual mediante la elección previa de la ley aplicable al contrato¹⁷⁵⁹. Y en otro sentido, es posible que las partes, expresamente y de común acuerdo, puedan impedir la aplicación del Derecho extranjero normalmente designado, lo que conduciría a la aplicación de la *lex fori* –como así ocurre en el Derecho húngaro, si bien para casos especiales sin elemento extranjero¹⁷⁶⁰-. En esta misma línea –con el

pp. 27-28. Para el caso alemán, donde se establece como regla general la *lex loci delicti commissi* (art. 40 EGBGB), si bien las partes –en todos los casos- pueden elegir el Derecho aplicable a la obligación extracontractual con posterioridad al hecho generador de la responsabilidad (art. 42 EGBGB). *Vid.* K. Fach Gómez, “La nueva regulación...”, *loc. cit.* p. 290.

¹⁷⁵⁷ Esta restricción se intenta justificar en cuanto que necesaria para evitar abusos. Si bien, esta aproximación ha sido objeto de más de una crítica. En este sentido, véase, A. Bucher/ A. Bonomi, *Droit international privé*, Basilea/Génova/Munich, 2001, §1073.

¹⁷⁵⁸ Lo que puede denominarse como incorporación accesorio. Sobre la incorporación accesorio, véase T. Kadner Graziano, *La responsabilité...*, *ob. cit.*, p. 40 y ss.

¹⁷⁵⁹ En el DIPr suizo, la elección del Derecho sólo admisible si ésta se realiza –de forma expresa- después de que se haya producido el evento dañoso (art. 132 Ley DIPR suiza). Si bien, según el art. 133.3º si entre las partes existía previamente una relación jurídica, las pretensiones extracontractuales se registrarán accesorio por la ley aplicable a la relación jurídica. En términos similares una solución muy parecida puede verse en el sistema de DIPr alemán, que prevé que la relación preexistente puede ser un relación “de hecho” (art. 41. 2º. 1 del EGBGB).

¹⁷⁶⁰ § 9 del Decreto ley núm. 13/1979 del Presidium de la República Popular de Hungría sobre DIPr (*loc. cit.*). En el caso de Estonia la autonomía conflictual de las partes se ve limitada aun más, por

mismo resultado final: la aplicación de la *lex fori*-, una solución más extendida –y al mismo tiempo más radical- consiste en no aplicar las normas de conflicto si una de las partes lo pide (activamente)¹⁷⁶¹. Incluso cuando la aplicación de las reglas de conflicto es de oficio por el tribunal –como es el caso de España, art. 12.6 Cc-, el comportamiento de las partes puede incidir en la falta de aplicación del Derecho extranjero localizado, resultando finalmente aplicable el Derecho del foro. Ya que corresponde a las partes probar el Derecho extranjero¹⁷⁶². Cuestión distinta es la forma en la que debe manifestarse la voluntad de las partes para que ese acuerdo de elección de Derecho aplicable sea válido y despliegue en el foro plenos efectos. Las posturas de los países europeos en este sentido difieren enormemente, fundamentalmente en lo que respecta a la posible elección tácita –y el momento en el que puede apreciarse, en particular, si es

tres circunstancias: en primer lugar, su elección se encuentra limitada al Derecho estonio; en segundo lugar, la elección sólo será válida si es posterior al hecho generador de la responsabilidad (*ex post*) y, en tercer lugar, siempre que esa elección no afecte a derechos de terceros (art. 54 de la *Estonian International Private Law Act* de 2002).

¹⁷⁶¹ En este sentido, puede verse para el Derecho inglés: Dicey, Morris & Collins, *The conflict of laws*, *ob. cit.*, en vol. I capítulo 9, Regla 18, en vol. II § 35-060; J. H. C. Morris, *Conflict of Laws*, *ob. cit.*, pp. 10 y ss. En Escocia, B. Crawford, *International private Law...*, *ob. cit.*, §13.13 *in fine*. Esta misma tendencia puede observarse en numerosa jurisprudencia de la Corte de Casación francesa, donde se otorga gran importancia a la libre disposición de las partes en cuanto a la aplicación del Derecho extranjero localizada por la norma de conflicto –sin perjuicio de que la norma de conflicto se aplique de oficio por el tribunal-. Entre otras Sentencias de la Cour de Cass. pueden verse la de 16 de mayo de 1999 (*Mutuelle du Mans*), la de 4 de diciembre de 1990 (*Coveco et autres c. Soc. Vesoul Transport et autre*), *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, pp. 558-5690, con nota de M-L Niboyet –Hoegy; de 10 de diciembre de 1991 (*Sarkisc. Soc. SIDEM*), *Rev. crit. dr. int. pr.* 1992, pp. 316-327, con nota de H. Muir Watt.

¹⁷⁶² La carga de la prueba recae sobre aquella que invoca el Derecho extranjero, y deberá probar el contenido, aplicabilidad y vigencia de la norma, en caso contrario el tribunal aplicaría el Derecho español. *Vid.*, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *ob. cit.*, pp. 154 -173. Sobre la relación entre el régimen de la prueba del Derecho extranjero y el Derecho conflictual véase, M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil...*, *ob. cit.*, pp. 518-522; y sobre el objeto de la prueba, la carga de la prueba y los medios para ello, pp. 523-533. En el Derecho suizo el art. 16.1º de la ley de DIPr dispone que: “el contenido del Derecho extranjero se establece de oficio. A estos efectos la colaboración de las partes puede ser requerida. En materia patrimonial la iniciativa probatoria le corresponde a las partes” (traducción nuestra). En este sentido, la falta de iniciativa probatoria del Derecho extranjero elegido por las partes, o total omisión por las partes después de esa elección va a suponer, en la generalidad de casos, la aplicación por el tribunal del Derecho del foro.

posible una vez comenzado el procedimiento judicial- lo que puede tener gran incidencia práctica¹⁷⁶³.

48. Visto el tratamiento tan desigual que este criterio de conexión presenta en los sistemas DIPr de fuente interna, y dadas las evidentes ventajas que esta norma supone para las partes –igualdad de condiciones y previsibilidad¹⁷⁶⁴- parece recomendable que existiera una norma comunitaria que reglamentara de manera común esta cuestión para todos los Estados miembros. Esta regla ya existe en la actualidad en materia de responsabilidad extracontractual contenida en el RRII. Con carácter general se prevé en el RRII como una de las primeras reglas para localizar el Derecho aplicable en materia de obligaciones extracontractuales la autonomía conflictual de las partes –tanto expresa como tácitamente- (art. 14)¹⁷⁶⁵. Esta posibilidad no sólo está abierta para derogar la regla general –*lex loci delicti*- sino también las reglas especiales. Aunque esta previsión cuenta con ciertas excepciones, en relación con ciertas materias muy específicas en las que el RRII no permite el juego de la autonomía de la voluntad de las partes por la concurrencia de intereses superiores que van más allá de los intereses particulares de los implicados –como así ocurre por ejemplo en litigios sobre competencia desleal, art. 6.4º-. Esta regla cumple con todos los objetivos que debe cumplir la norma de conflicto para que sea un instrumento adecuado de armonización. Con ello se eliminaría la pluralidad de Derechos potencialmente aplicables cuando los daños se manifestaran en más de un Estado –lo que ocurre cuando el medio utilizado para la difusión de los contenidos

¹⁷⁶³ Un análisis comparativo desde distintos Estados europeos de la cuestión puede verse en T. Kadner Graziano, *La responsabilité délictuelle...*, *ob. cit.*, pp. 30-31.

¹⁷⁶⁴ Además de que resulta un criterio flexible de lo que adolece la norma *loci delicti*.

¹⁷⁶⁵ En general, sobre el tratamiento de la autonomía conflictual de las partes en el ámbito del RRII, *vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *ob. cit.*, pp. 569-571; C. Esplugues Mota y J. L. Iglesias Buhígues, *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Valencia, 2011, pp. 417-436; A. Espiniella Menéndez, “La autonomía de la voluntad en el Reglamento (CE) núm. 864/2007 (“Roma II”) sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Noticias de la Unión europea*, núm. 299, 2009, pp. 95-109; K. Lanhe-Chala, “Reflexiones sobre el perfil moderno del principio de la autonomía de la voluntad en el sector de las obligaciones derivadas del daño”, *REDI*, vol. LVIII, 2006/1, pp. 331-341; S. Leible, “El alcance de la autonomía de la voluntad en la determinación de la ley aplicable a las obligaciones no contractuales en el Reglamento Roma II”, *AEDIPr.*, t. VII, 2007, pp. 219-239; A. Dickinson, *The Rome II...*, *ob. cit.*, Parte IV (“Freedom of choice and common rules”), Capítulo 13, pp. 539-566; T. Kadner Graziano, “Freedom to choose the applicable law in torts: Articles 14 and 4 (3) of the Rome II Regulation”, en J. Ahern, W. Binchy (eds.), *The Rome II...*, *ob. cit.*, pp. 113-132.

lesivos tenga una alcance transfronterizo, o incluso ubicuo como es el caso de Internet-. Si bien, es necesario que la elección de ley aplicable por las partes sea el resultado de un acuerdo entre ellas en igualdad de condiciones. Pues sólo en ese caso la norma de conflicto garantizaría el necesario equilibrio de posiciones y, al mismo tiempo, la previsibilidad en la reglamentación de la relación.

A pesar de las evidentes ventajas que supone el uso de esta conexión común del RRII dentro del contexto comunitario para concretar el Derecho aplicable, de éstas no se pueden beneficiar aquellos que son parte en litigios sobre responsabilidad derivada de lesiones a derechos de la personalidad, al no ser este instrumento aplicable en esta materia. No obstante, parece que existe una tendencia a corregir los efectos negativos que supone esta exclusión. En este sentido, este criterio particular se recoge expresamente en la iniciativa de revisión del RRII presentada por el Parlamento europeo a finales del 2011, junto con otros criterios de conexión –siendo el principal el *locus damni*-. Tal y como se ha diseñado en esta iniciativa parlamentaria esta regla, en la práctica la elección del Derecho aplicable a estos litigios se configura como conexión principal operando la *lex delicti* como criterio subsidiario¹⁷⁶⁶. No cabe duda que la incorporación de la autonomía conflictual como criterio de conexión en esta materia sería una buena opción (ya que es beneficioso para todas las partes en conflicto). Ahora bien, es evidente que desde el punto de vista práctico sólo resultará de utilidad en un número muy limitado de casos, pues no es habitual que quienes están implicados en estos casos elijan la ley aplicable. Por lo tanto, la introducción de la autonomía conflictual no excluye que resulte necesario establecer reglas de conflicto adicionales que determinen la ley aplicable a falta de elección del Derecho aplicable.

5.-) Lugar del daño como lugar de destino

49. Partiendo de que en la generalidad de sistemas de DIPr nacionales el recurso al criterio del *locus delicti commissi* es generalizado en materia de obligaciones extracontractuales –si bien en sus distintas expresiones-, además de la tendencia en este

¹⁷⁶⁶ Lo que desde el punto de vista comparado parece que es una alternativa a la *lex loci delicti commissi* lo suficientemente flexible y adecuada para la generalidad de litigios en materia de responsabilidad extracontractual. Cf. T. Kadner Graziano, *La responsabilité...*, *ob. cit.*, p. 33

sentido manifestada por las instituciones comunitarias¹⁷⁶⁷, podría plantearse la adecuación de este criterio a esta materia en particular para conseguir la armonización conflictual deseada. Ya que el *locus delicti* puede concretarse tanto en el lugar de origen –hecho causal– como en el lugar/es de resultado, se trataría de localizar el lugar del daño únicamente allí donde éste se manifieste –eliminando el lugar de origen¹⁷⁶⁸–. En este sentido podría ponerse en relación con el criterio Estado de destino –en contraposición con la noción país de origen¹⁷⁶⁹–, en particular en los supuestos en los que el daño se genera por difusión de contenidos en Internet. Ya que la interpretación de los instrumentos comunitarios debe ser coordinada, si se opta por consagrar finalmente en el RRII el criterio Estado de destino del contenido lesivo –en particular cuando se trate de informaciones publicadas en la red– éste se identificaría con todos aquellos Estados UE desde donde se accede o se pudo acceder al contenido presuntamente lesivo. Y ello con base en la interpretación que el TJUE ha dado a la noción “lugar del daño” en la reciente sentencia *eDate advertising* –para la aplicación del foro de competencia especial del 5.3 RBI–. Si bien, debería limitarse a aquellos Estados donde se tuvo acceso al contenido y concurre el interés lesionado, esto es, donde el perjudicado es conocido-. De lo anterior se deriva que se reduce la pluralidad de posibles Estados con competencia para conocer –y, correlativamente, de los ordenamientos potencialmente aplicables¹⁷⁷⁰–.

¹⁷⁶⁷ Como así ha quedado patente en la propuesta de revisión del RRII presentada a finales de 2011 por el Parlamento Europeo.

¹⁷⁶⁸ Ya que típicamente éste coincidirá con el lugar del establecimiento del responsable –el potencial demandado– de tal manera que desde el punto de vista de la competencia judicial internacional queda cubierto por el foro general del domicilio del demandado y, desde el punto de vista del Derecho aplicable, en la iniciativa de revisión del RRII del Parlamento Europeo se recoge una regla específica (art. 5 a) 2) para el caso de que se opte por este foro de competencia y exista pluralidad de Estados donde el daño se ha manifestado –lugares de difusión del contenido lesivo– : la aplicación de la ley de ese Estado miembro (2) *When the rights of the person seeking compensation for damage are, or are likely to be, affected in more than one country, and that person sues in the court of the domicile of the defendant, the claimant may instead choose to base his or her claim on the law of the court seised.*).

¹⁷⁶⁹ Siguiendo el significado de “país de origen” en el contexto comunitario explicado por M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, “Estado de origen vs. Estado de destino”, *Indret -Revista para el análisis del Derecho*, núm. 251, 2004-4, en esp. pp. 1-10 (consultar en página electrónica: www.indret.com); *id.* “Estado de origen vs. Estado de destino: las diferentes lógicas del Derecho internacional privado”, en: *Pacis artes*: obra homenaje al profesor Julio D. González Campos, tomo II: *Derecho internacional privado, Derecho constitucional y varia*, Madrid, 2005, pp. 1787-1815.

¹⁷⁷⁰ Salvo para aquellos supuestos en los que el sujeto es conocido en más de un país, en cuyo

Esto llevado a la práctica presenta grandes ventajas de previsibilidad y, por ende, de seguridad jurídica para las partes. Puesto que si el tribunal donde se ejercita la acción de tutela del derecho de la personalidad en cuestión basa su competencia judicial internacional utilizando el mismo criterio –lugar del daño-, el tribunal aplicaría su propia ley para resolver sobre el litigio.

50. Podría entenderse que esta aproximación no resulta equilibrada para la parte presuntamente responsable (generalmente un medio de comunicación), desde el punto de vista de la previsibilidad -en especial cuando la presunta responsabilidad se deriva de actividades desarrolladas en la red-. Y en este sentido se ha manifestado el interés del colectivo de los medios de comunicación –como típico responsable en este tipo de litigios- en la aplicación del criterio del Estado de origen. Pero este principio –típico del campo de la responsabilidad contractual- no parece muy adecuado en esta materia típica del sector de obligaciones extracontractuales¹⁷⁷¹. El principio del país de origen parte de la suposición de que los operadores/profesionales del mercado venden sus productos o prestan sus servicios según sus propios términos, lo que traducido al Derecho aplicable a sus relaciones conduce generalmente a la elección del Derecho de su domicilio o establecimiento. Esto supone que la otra parte asume los gastos inherentes a las acciones transfronterizas, y si existen problemas entre ellos éste es conocedor de que estará sujeto a una ley extranjera –y en función de esto decidirá si quiere o no contratar-. Todo ello traducido al ámbito de las infracciones de los derechos de la personalidad o difamación por los medios de comunicación, querría decir que ambas partes- el perjudicado y el causante del daño -, deberían estar en igualdad de condiciones, lo que no se da. Cuando no se da esa igualdad de condiciones este principio plantea dificultades. Y así ocurre cuando una de las partes se encuentra en una posición más débil frente a la otra o cuando de las circunstancias del caso resulta que una de las partes no tiene las mismas garantías que la otra - como pasa en las obligaciones no contractuales¹⁷⁷²-. Esta situación

caso habría que establecer dónde se concreta el daño principal para evitar esa pluralidad de lugares del daño –y el demandante no optara por ejercitar su acción ante los tribunales del domicilio del demandado para poder aplicar la previsión del 5º 2º) de la Propuesta de revisión del RRII por el Parlamento-.

¹⁷⁷¹ En opinión de Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez (cf. “Estado de origen vs. Estado de destino”, *loc. cit.*, pp. 11, 12, 18 y 19).

¹⁷⁷² Cf. M. Requejo, “Country of Origin Versus...”, *loc.cit.*; *id.*, *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 156.

conduce normalmente a que la parte que se encuentre mejor posicionada –valiéndose de la debilidad o desequilibrio de la otra parte- imponga su voluntad a la hora de elegir el Derecho aplicable- que será aquél que resulte más ventajoso para sus propios intereses-. En los supuestos de responsabilidad extracontractual por lesiones a los derechos de la personalidad, si el causante del perjuicio –típicamente el medio de comunicación- puede escoger la ley aplicable al daño potencial -no contractual- que puedan causar sus acciones, previsiblemente escogerá aquella que le sea más favorable, aún antes de que el daño haya ocurrido. Esto quiere decir que el perjudicado tendrá que confrontar el juego de condiciones aún antes de que se constituya como parte –como perjudicado-. En consecuencia, en estos supuestos, el principio de la ley del país de origen debe ser abandonado, optándose razonablemente por la ley del país de destino. La lógica de la ley del país de destino presupone una diferencia entre las partes y reestablece el equilibrio mediante la elección de la ley que sea más favorable para la parte más débil – el perjudicado-. De esta forma se asegura que la otra parte –el medio de comunicación- debe cumplir con los requisitos mínimos que establece la ley más estrechamente conectada con el perjudicado. Y es precisamente por ese desequilibrio por lo que las partes asumen que el coste de internacionalidad del supuesto recaiga sobre la parte mejor posicionada.

51. Precisamente esta es la postura por la que se ha optado en el RRII como regla general - art. 4: la ley del país donde se produce el daño directo-. Esta aproximación, en los supuestos de violaciones de los derechos de la personalidad por los medios de comunicación, se traduce en que el lugar en el cual el daño ocurre es allí donde el perjudicado sufre la lesión a su intimidad –vida privada- u honor, o donde los efectos de esta lesión son más graves –si es que puede haber más de un lugar-. Esto es, correspondería con el Estado de destino: allí donde se publica/difunde el contenido lesivo y concurre el interés que se lesiona –que generalmente coincidirá con el de residencia o domicilio del perjudicado-. Esto no excluye la posibilidad de que esta opción será complementada por alguna cláusula de excepción, aplicable en aquellos casos en los que otra ley presente vínculos más estrechos con el caso. Entre las ventajas con las que cuenta el criterio del lugar del daño, puede destacarse que generalmente va a coincidir con la residencia de la víctima.

Utilizando la terminología propia del análisis económico del Derecho, podría decirse que si se sigue el criterio del Estado de origen los costes de los aspectos internacionales del caso serían sufragados por la víctima de la acción realizada por un tercero: una acción en la cuál no tuvo ninguna capacidad de negociación, sobre la que no sabía nada y, en consecuencia, no pudo prever ya que la persona que inicia la acción es la que está exclusivamente al mando. Por lo tanto, no cabe duda de lo injusto de esta aproximación para el perjudicado. La víctima no puede predecir el resultado, porque no sabe dónde o de quién vendrá el daño. Es más, haciendo uso de esa posición ventajosa, el responsable del daño puede escoger el país de origen que le resulte más favorable - para sus intereses- sin que la víctima pueda decir nada o tener poder de decisión alguna.

52. En cualquier caso, si se opta finalmente por consagrar el criterio de conexión lugar del daño/lugar de destino en el RRII para esta materia, habría que tener en consideración la doctrina vigente en la interpretación del 5.3 RBI, en particular en cuanto a la extensión de la competencia en función de su consideración como lugar del daño o lugar de origen. En este sentido, si el tribunal de un Estado miembro tiene competencia para conocer de la responsabilidad derivada de la totalidad de los daños (bien por ser el lugar de origen, en base al art. 5.3 RBI, bien como foro general del domicilio del demandado del art. 2 RBI), la aplicación de este criterio de conexión (lugar del daño) para localizar la ley aplicable puede suponer una fragmentación excesiva de leyes a un mismo supuesto, en particular cuando los daños se deriven de la publicación de contenidos lesivos y el medio de difusión es global (como es el caso de Internet). No plantearía problema alguno los supuestos en los que el tribunal conociera con competencia limitada como lugar del daño -difusión del contenido lesivo/acceso al contenido- pues al coincidir los criterios supondría que la situación privada internacional tuviera un tratamiento igual que los litigios domésticos -pues aplicaría su propia ley del foro para resolver-.

6.-) Aplicación de la ley de residencia habitual de la víctima

53. La última de las opciones que pueden plantearse como criterio de conexión para los litigios transfronterizos por daños a los derechos de la personalidad es la aplicación de la ley de residencia habitual de la víctima. Esta aproximación resulta muy interesante cuando se trata de daños múltiples plurilocalizados -y por ello se considera

la más adecuada para este tipo de litigios¹⁷⁷³. Y este tipo de daños se dan cuando la lesión al derecho de la personalidad se produce por la publicación de contenidos lesivos por medios de comunicación de difusión internacional y, en mayor medida, cuando esa publicación se realiza en Internet. En estos casos, la utilización de criterio del lugar del daño trae como consecuencia directa –e irremediable- la pluralidad de ordenamientos jurídicos potencialmente aplicables a un mismo supuesto. Una posible solución para evitar la multiplicidad de leyes aplicables, y sus consecuentes efectos peligrosos¹⁷⁷⁴, si es que se quiere mantener este criterio general, sería importar al ámbito de la ley aplicable la doctrina *Shevill/eDate advertising*¹⁷⁷⁵. Esto permitiría encontrar un ordenamiento jurídico que se aplicaría a la totalidad litigio, a todos los daños -con independencia de los países donde se manifestaron-. En particular: el del lugar de establecimiento editor o el de residencia habitual de la víctima como centro de intereses, pudiendo admitirse también la aplicación de los sistemas normativos del lugar del daño, entendido como lugar de distribución/publicación donde es conocida la víctima. Esta posibilidad además conlleva la ventaja adicional de la correlación ley aplicable-tribunal competente. No obstante, en medios de difusión tales como Internet, la relevancia del lugar de publicación queda en entredicho, por lo que esta solución queda incompleta –además, de que las opciones pueden ser mundiales desde esta aproximación-. De igual forma, respecto de aquellos personajes públicos o de gran notoriedad, conocidos en diversos países –incluso mundialmente- esta solución tampoco parecería satisfactoria, toda vez que seguiría suponiendo la multiplicación de leyes aplicables a un mismo litigio.

Por todo ello resulta preferible la utilización del criterio residencia habitual de la víctima –persona cuya intimidad/honor se reputa lesionada-, solución que es coincidente con la que asumió el Anteproyecto de 2002 del RRII¹⁷⁷⁶ (no así la iniciativa de revisión

¹⁷⁷³ Si bien, guardando ciertas previsiones necesarias para casos específicos donde esta regla pudiera resultar inadecuada, mediante el establecimiento de una cláusula especial de vínculos más estrechos -sin olvidar la posibilidad siempre presente del recurso a la cláusula general de orden publico del foro-. En este sentido, *vid.* G. Cuniberti, "Boskovic on Rome II and Defamation", publicado el 20 de julio de 2010 en Conflict of law. net, <http://conflictoflaws.net/2010/boskovic-on-rome-ii-and-defamation/>

¹⁷⁷⁴ Como es la disparidad de soluciones a un mismo supuesto en función de la Ley que resulte de aplicación.

¹⁷⁷⁵ Dependiendo del medio de difusión utilizado.

¹⁷⁷⁶ A esta conclusión ya llegaron G. Beitzke, "Les obligations..." *loc. cit.*, p.88; P. Bourel "Du rattachement...", *loc. cit.* p. 339. Y más recientemente, M. Eslava Rodríguez, *La protección civil...*,

del RRII presentada por el Parlamento¹⁷⁷⁷); sin dejar al margen, claro está, la posibilidad de aplicar la ley de cualquier otro Estado con la que el supuesto litigioso presente vínculos manifiestamente más estrechos –según la cláusula de excepción-¹⁷⁷⁸. Las razones que justificarían la elección de este criterio o punto de conexión son numerosas¹⁷⁷⁹. Entre ellas¹⁷⁸⁰ podrían destacarse su amplitud, que permite dar respuesta a

ob. cit., p.146; M. Amores Conradi, E. Torralba Mendiola; “Difamación...”; *loc. cit.*, p. 5.; y estos mismos autores en “XI Tesis...”, *loc. cit.* pp. 21-25 y 32. Además, como ya se puso de relieve anteriormente esta es la propuesta de regla especial unificada presentada por el Grupo de Hamburgo de DIPr, en sus *Comments on the European Commission’s Draft Proposal for a Council Regulation on the Law applicable to Non-Contractual Obligations* de 2002 (*loc. cit.*).

¹⁷⁷⁷ En esta ocasión, el Parlamento Europeo no toma en consideración este elemento desde el punto de vista de la víctima, pero sí desde el del presunto responsable, ya que prevé la aplicación de la ley de residencia habitual de éste cuando no pudo prever razonablemente que el daño se materializaría –substantivamente- en el Estado donde finalmente lo hizo. (5 a) 1 in fine: “However, the law applicable shall be the law of the country in which the person claimed to be liable is habitually resident if he or she could not reasonably have foreseen substantial consequences of his or her act occurring in the country designated by the first sentence”). Si bien, haciendo uso del propio tenor literal de esta propuesta, típicamente el lugar donde el derecho de la personalidad es o probablemente va a ser directa y substancialmente afectado será el de su domicilio o residencia habitual –pues allí donde generalmente concurren los intereses que se lesionan-. Art. 5a) 1º: “(...) the law applicable to a non-contractual obligation arising out of violations of privacy and rights relating to personality, including defamation, shall be the law of the country in which the rights of the person seeking compensation for damage are, or are likely to be, directly and substantially affected”.

¹⁷⁷⁸ A favor de la elaboración de una norma de conflicto basada en la residencia habitual de la víctima con correctivos para los supuestos de difamación, E. Torralba Mendiola, “La difamación...”, *loc. cit.*, pp. 21-29.

¹⁷⁷⁹ La posición doctrinal mayoritaria se encuentra a favor del criterio residencia habitual de la víctima. Y en este sentido resulta relevante la numeración y consideraciones que al respecto han sido establecidas por los profesores Amores Conradi, E. Torralba Mendiola; en sus artículos “Difamación...”, *loc. cit.* pp 6-7; y “XI Tesis...”, *loc.cit.*, pp. 21 y ss.

¹⁷⁸⁰ Sin que esta enumeración pretenda ser exhaustiva, pues pueden referirse otras muchas, como por ejemplo aquellas relativas a la eficacia de las medidas adoptadas a la luz de la ley de residencia habitual del perjudicado. La aplicación de la ley del lugar de residencia habitual de la víctima no conlleva un protección estrictamente territorial –asimilable a la protección de otros derechos inmateriales como los DPI-, puesto que, y solo a modo de ejemplo, cuando recaiga condena de rectificación o aclaración de las informaciones que hubieran conculcado tales derechos, la eficacia de estas decisiones no tiene porqué limitarse al país donde se haya adoptado la misma, ni siquiera quedar circunscrita al ámbito europeo. Cuestión distinta es si puede o no plantear problemas posteriores de reconocimiento a la hora de exigir forzosamente su eficacia extraterritorial.

la generalidad de los casos (cuando la persona perjudicada no es conocida internacionalmente -o sólo lo es de forma muy casual-). Además, el lugar de residencia habitual de la víctima se configura típicamente como el centro de las relaciones sociales, económicas y personales del sujeto -que son las que pueden verse lesionadas por la difamación o intromisión a la vida privada¹⁷⁸¹. De tal manera que generalmente coincide con el *locus damni*- sin perjuicio que puede haber otros lugares del daño no excluidos¹⁷⁸²-. Pero además, este criterio cumple con las exigencias de previsibilidad para todas las partes¹⁷⁸³. Y para aquellos que optan por la dualidad: Estado de origen y Estado de destino, el lugar de residencia habitual de la víctima se configura típicamente como el Estado de destino de las publicaciones lesivas y en el ámbito extracontractual la solución de ley aplicable deber ir orientada preferentemente en favor de la aplicación de la ley de país de destino¹⁷⁸⁴. Así mismo, este criterio garantiza que la solución al litigio sea compatible con el ordenamiento jurídico del foro mediante el correctivo de orden público internacional en atención al carácter fundamental de los derechos en juego -libertad de expresión e información por un lado, y derechos relacionados con la personalidad por otro-¹⁷⁸⁵. Desde el punto de vista de los intereses en

¹⁷⁸¹ Véase lo anteriormente manifestado respecto de la posición de la doctrina y jurisprudencia en torno a la utilización del criterio, domicilio/residencia habitual de la víctima, como fuero de competencia judicial internacional en el Capítulo III.

¹⁷⁸² Pero sí típicamente será el lugar donde el daño se manifieste con mayor intensidad – aunque siempre cabría aplicar un correctivo a través de los vínculos más estrechos en los casos donde esta identidad no se dé-.

¹⁷⁸³ Lo que favorece su acceso a la justicia para reclamar por el daño sufrido en su derecho. Lo más razonable es que el ordenamiento jurídico de protección del lesionado sea el del lugar donde esté establecido el mismo y no otro totalmente desconocido para él; y de igual manera, se predica la más que probable previsión por el responsable del ordenamiento de residencia, toda vez que -por lo general- el autor de la declaración infamante conocerá a su víctima, o al menos, está en situación de conocer sus circunstancias personales. A esta misma conclusión llegan M. Amores Conradi y E. Torralba Mendiola, en “Difamación y Roma II”; *loc. cit.*, p. 6.; Grupo de Hamburgo, “Comments on the European...”, *loc. cit.* pp.24-25. Por su parte el GEDIP, sí que en su proposición de 1998 presentó el lugar de residencia de la víctima como presunción especial de vínculos más estrecho (art. 4 a), si bien, en sus observaciones de 2002 no alcanzó un consenso claro en la cuestión.

¹⁷⁸⁴ En estos términos claramente se expresan y fundamentan su postura M. Virgós Soriano y Garcimartín Alferez, “Estado de Origen vs. Estado de destino: las diferentes lógicas...”, *loc. cit.* pp.1787 y ss.; *id.* “Estado de origen...”, *loc. cit.* , pp. 1-10; en los mismo términos, suscribiendo a los anteriores, M. Requejo, “Country of Origin...”, *ob. cit.*

¹⁷⁸⁵ La importante y numerosa jurisprudencia del TEDH dictada en el ámbito del equilibrio

juego, la aplicación de la ley del lugar de residencia de la víctima puede conducir a una solución de ley equilibrada para las partes. Así, para el actor –la víctima- supondría renunciar a la aplicación de otro ordenamiento jurídico que le pudiera resultar más favorable, y para el presunto responsable de la difamación o de cualquier otra lesión de los derechos de la personalidad, por su parte, le correspondería asumir el coste de “internacionalidad” de la causa¹⁷⁸⁶. En definitiva, si se concreta el lugar de residencia habitual de la víctima como regla general de ley aplicable -y no como una regla especial- esto conduciría a una simplificación del funcionamiento de la norma, si bien debería de completarse con la previsión expresa de una cláusula de escape –fundamentada en los vínculos más estrechos- precisamente para aquellos supuestos en los que la residencia de la víctima no presente un vínculo suficientemente estrecho con la relación jurídica extracontractual¹⁷⁸⁷ e incluso se podría conjugar con la propuesta anterior, esto es, que las partes pudieran elegir el Derecho aplicable, y en su defecto que

entre los derechos de la personalidad y las libertades de expresión y comunicación –vinculante para los Estados parte en el CEDH-, permitiría hablar –dentro de su ámbito de acción- de la existencia de un espacio común de libertad y de una adecuada protección de los derechos de la personalidad (lo que podría traducirse –al menos en parte- en el reconocimiento de la existencia de un “orden público europeo” en esta materia). Desde esta particular perspectiva, Amores Conradi Torralba, califican en dos grupos los posibles supuestos de ilícitos contra los derechos de la personalidad por medios de comunicación, a saber: a) Por un lado, los casos de víctimas residentes en Europa, donde la ley aplicable contaría con estándar común de protección de los derechos y las libertades implicados -para la totalidad del espacio europeo- y, por otro, b) los casos donde la persona perjudicada sea residente de terceros Estados y la responsabilidad sea exigible a un medio de comunicación situado en Europa, en cuyo caso, la ley de lugar de residencia de la víctima –tercer país- debería ser descartada uniformemente en la totalidad del espacio europeo en el caso de que fuera incompatible con ese estándar mínimo común. Cf. M. Amores Conradi, E. Torralba Mendiola, en “XI Tesis...”, *loc.cit.*, p. 22.

¹⁷⁸⁶ En este sentido se manifiesta el Grupo Hamburgo “Comments on the European...”, *loc. cit.* p. 25.

¹⁷⁸⁷ O como afirman M. Amores Conradi y E. Torralba, incluso como regla subsidiaria cuando no sea sencillo determinar cuál es el centro efectivo de las relaciones sociales de la víctima en cuestión, pues “mas vale atenerse a reglas generales que multiplicar reglas especiales cada vez más complejas”. Cf. “Difamación...”; *loc. cit.*, p. 7. De esta manera se superarían los problemas que por la doctrina europea se han manifestado a la hora de optar por este criterio en sus propuestas para la modificación del RRII, fundamentalmente cuando no existe conexión suficiente del litigio con ese Estado. Entre otro puede verse, G. Cuniberti, “Von Hein on Rome II...”, *loc. cit.* precisamente en cuanto a los documentos de trabajo para la revisión del RRII en esta materia.

apareciera el criterio de la residencia habitual.¹⁷⁸⁸ Siendo esta última propuesta la que se considera más completa y adecuada para este tipo de demandas.

54. Todas estas razones serían más que suficientes para que, justificadamente, se estableciera este criterio como conexión más adecuada respecto de la regla general objetiva –*lex loci delicti*–¹⁷⁸⁹. La aplicación de la ley del Estado de residencia habitual de la víctima cuenta con ventajas para ambas partes. Desde el punto de vista de la víctima supone la aplicación de una ley con la que se encuentra estrechamente conectada, y, al mismo tiempo, para el presunto responsable es lo suficientemente previsible. Normalmente la víctima de una difamación o lesión a su vida privada cometida a través de prensa o medio de comunicación en general es conocida por el autor del daño, por lo que fácilmente podrá localizar/conocer dónde está su residencia y, por ende, cuál será la ley aplicable en caso de disputa. No obstante, esta norma de conflicto no es admitida por el colectivo de los medios de comunicación por varias razones. Por un lado, se alega la falta de previsión por su parte por la dificultad de conocer la residencia de la víctima. Además, pudiera darse el caso de que aunque la publicación cumpliera con las leyes vigentes en el país de establecimiento del editor, y ninguna copia hubiera sido distribuida en el país de residencia de la víctima, podría resultar aplicable la ley de este último lugar aunque no tuviera relación alguna con el supuesto en particular. Si bien, esta última argumentación no obsta para la declarar la adecuación de esta regla, toda vez que si en el Estado de residencia de la víctima no se produce ningún daño no importaría cuál es el sistema jurídico que debería aplicarse. Además, en todo caso este obstáculo pudiera soslayarse con la previsión de una cláusula de escape que permita la aplicación del ordenamiento con el que el supuesto tenga más proximidad (como así se hace en el resto de reglas especiales reglamentadas en el RRII).

55. Desde el punto de vista comparado, pocos son los sistemas jurídicos nacionales de los Estados miembros que han optado expresamente por recoger como

¹⁷⁸⁸ Solución que ha sido defendida por M. Amores Conradi y E. Torralba Mendiola, en “XI Tesis...”, *loc.cit.*, pp. 21 y ss. Y más recientemente E. Torralba Mendiola, “La difamación...”, *loc. cit.*, pp 25 y ss.

¹⁷⁸⁹ Lo que pudiera haberse consagrado de haber seguido adelante la regla especial contenida en el Anteproyecto de 2002.

punto de conexión la residencia habitual de la persona perjudicada. Es el caso particular de Rumania, Lituania y Bulgaria. En todos ellos la opción de la residencia habitual de la víctima se recoge junto a otras soluciones de ley aplicable, entre las cuales el perjudicado debe elegir. Por ejemplo, en el Derecho húngaro el art. 112 de la Ley de DIPr¹⁷⁹⁰ establece que las reclamaciones por daños a los derechos de la personalidad causados por los medios de comunicación, especialmente por al prensa, radio, televisión o cualquiera otros medios públicos de información se regirán, a elección de la víctima, por el Derecho del Estado de su domicilio o residencia, el Derecho del Estados donde se han manifestado los daños o el derecho del estado donde el autor del daño tenga su domicilio, residencia o su sede. Si bien, para que el perjudicado pueda elegir la aplicación de la ley de su residencia habitual/domicilio es necesario que coincida con el lugar del daño –o uno de los lugares de manifestación del resultado dañoso- y que el autor del daño –el presunto responsable y, en consecuencia, el demandado- deba prever razonablemente que los efectos dañinos se producirían en uno de esos Estados (art. 112. 2º)¹⁷⁹¹. Por su parte, la norma de conflicto de Lituania- el art. 1.45 de la *Civil Code of the Republic of Lithuania*- prevé entre los posibles Derechos que el perjudicado puede elegir la ley de su residencia habitual¹⁷⁹².

Pero además, en aquellos sistemas nacionales en los que no se prevé expresamente este criterio, la práctica generalizada en este tipo de litigios permite afirmar que en la mayoría de los supuestos el tribunal termina aplicando la Ley del Estado de residencia habitual de la víctima como concreción del *locus delicti*

¹⁷⁹⁰ Ley nº 105 de 22 de septiembre de 1992 on the *Settlement of the Private International law Relations* (*loc. cit.*)

¹⁷⁹¹ Precisamente por estas limitaciones o condiciones para la aplicación de este criterio es por lo que se discute si en este sistema la aplicación de la ley del Estado de residencia habitual de la víctima tiene un significado independiente. La doctrina mayoritaria considera que la residencia habitual del perjudicado en realidad es una variante del lugar de resultado no un criterio de conexión con entidad propia. De tal manera que, sólo podrá aplicarse esta ley cuando en ese Estado se hubiera distribuido/difundido la información lesiva por el medio de comunicación. *Vid.* J. J. Álvarez Rubio (director), *Difamación y protección...*, *ob. cit.*, pp. 192-193.

¹⁷⁹² Además de la ley del Estado donde la persona perjudicada tenga su lugar de negocio, la ley del Estado donde haya sucedido la infracción; la Ley del Estado de residencia o del lugar de situación del negocio de la persona que ha causado el daño.

*commissi*¹⁷⁹³. De tal manera que la residencia habitual de la persona perjudicada puede considerarse como una variante del lugar de resultado¹⁷⁹⁴. En consecuencia, podría adelantarse esta conclusión práctica generalizada como regla general. Pues con ello se conseguiría la suficiente previsibilidad y seguridad jurídica para las partes, y la necesaria flexibilidad podría lograrse complementando el criterio con una cláusula de escape fundamentada en los vínculos más estrechos.

56. En conclusión, parece que la opción que pudiera resultar más adecuada para cumplir con el objetivo que se busca de previsibilidad para las partes y equilibrio de intereses en presencia en este tipo de litigios dentro de la UE, sería la consagración como norma de conflicto uniforme la resultante de la conjugación de los dos últimos criterios de conexión expuestos. Esto es, establecer como primer y preferente punto de conexión la autonomía conflictual de las partes para determinar el ordenamiento jurídico que vaya a regir su relación extracontractual y, adicionalmente, a falta de elección del Derecho aplicable, establecer el criterio de residencia habitual de la víctima incluyendo una cláusula de escape que permitiera cubrir aquellos supuestos en los que el Estado de residencia habitual de la víctima no fuera el más cercano con el supuesto (fundamentado en los vínculos más estrechos).

¹⁷⁹³ En este sentido precisamente la jurisprudencia austriaca se ha manifestado. *Vid.* T. Kadner Graziano, *La responsabilité...*, *ob. cit.*, pp. 80-81.

¹⁷⁹⁴ *Ibid.*, p. 77.

CONCLUSIONES

I

1. Las divergencias existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales se manifiestan en un catálogo de derechos referidos a la personalidad desigual con contenidos diversos, reflejo directo de las tradiciones jurídicas, sociales y culturales de cada Estado. Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen son derechos relativos a la personalidad (esfera privada de la persona) generalmente reconocidos como derechos fundamentales tanto a nivel nacional -legislativa o jurisprudencialmente- como internacional (en el ámbito europeo por la CEDH). La delimitación del concepto y contenido del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen no es sencillo pues ni la generalidad de las Constituciones estatales ni los textos internacionales ofrecen una definición o caracterización suficiente de la que puedan deducirse de manera clara. En cualquier caso, estos derechos difícilmente pueden conceptuarse de forma exacta o definitiva por su condicionamiento por el contexto histórico, social, cultural y jurídico en el que se encuadren. Su contenido depende del desarrollo jurisprudencial que se les dé por parte de los tribunales estatales, ahora bien, siempre respetando los límites que el TEDH ha establecido en cuanto al contenido de los derechos del CEDH para los Estados miembros.

Cada legislación nacional utiliza distintas expresiones lingüísticas para referirse a estos derechos destinados a la protección de la esfera privada: la *privacy* inglesa, la *vie privée* francesa, la *riservatezza* italiana y la *inimsphäre* o *geheimsphäre* alemana, etc., lo que complica su delimitación. Con independencia de la denominación que se le dé a esos derechos configuradores de la “vida privada”, la cuestión más relevante es el distinto tratamiento jurídico que cada Estado les otorga.

2. El tratamiento conjunto de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen se justifica, por un lado, por su doble condición de derechos fundamentales y derechos de la personalidad y, por otro, porque su evolución va pareja por varios motivos: 1º) por el condicionamiento de su ámbito de protección por los factores sociales y tecnológicos en presencia y 2º) por sus constantes conflictos con otros

derechos y libertades igualmente fundamentales: los derechos a la libertad de expresión y de información. A pesar de que derechos fundamentales tengan tanto un mismo contenido esencial o fundamento –la dignidad de la persona- y un mismo objeto –la salvaguarda de la persona-, son derechos autónomos en el sistema español aunque su reglamentación y tutela suele ser conjunta. Esto resulta más evidente en sistemas tales como inglés -y en general los pertenecientes al *common law*- en los que se diferencia la *privacy* de la *defamation*.

3. Su consideración como fundamentales no garantiza un tratamiento uniforme en los sistemas jurídicos nacionales -ni si quiera entre los Estados contratantes de los mismos instrumentos internacionales-. La relevancia jurídica de los bienes de la personalidad en los distintos ordenamientos jurídicos se manifiesta de manera diversa, por ejemplo en el Derecho alemán y en el portugués los bienes de la personalidad son objeto de derechos subjetivos: los derechos de la personalidad, cuya violación genera responsabilidad extracontractual, y en términos similares puede hablarse en el sistema español (derechos subjetivos al honor, a la intimidad, a la propia imagen); en el Derecho inglés los bienes de la personalidad no son objeto de derechos subjetivos sino que son tutelados a través de *torts* (lo que se traduce en que la lesión del bien en particular, cuando se cumplan los presupuestos de la *tort*, traerá como consecuencia el pago de una indemnización). En definitiva, cada país decide la técnica legislativa para el reconocimiento y tutela de estos derechos, lo que se puede traducir en distintos derechos referidos a la personalidad y en diversos mecanismos de garantía y presupuestos para su aplicación. En particular, cada sistema jurídico reglamenta los diversos niveles de protección vinculados al equilibrio entre los derechos fundamentales que pueden entrar en conflicto (lo que se corresponde con el margen de apreciación que los instrumentos internacionales atribuyen a los Estados en la interpretación de estos derechos).

En los litigios sobre difamación o derechos referidos a la intimidad o propia imagen, junto a la defensa de estos derechos de la personalidad se encuentra también la tutela de la libertad de expresión e información, ambos derechos de alcance fundamental en la generalidad de ordenamientos europeos. Ahora bien, aunque ambos derechos se reconocen y protegen, su alcance y la forma de protección difiere y ni siquiera el equilibrio entre los mismos se percibe igual en todos. En este sentido, puede referirse sistemas tan dispares como el estadounidense donde la protección a la libertad

de expresión prima. Incluso el tratamiento tan dispar entre el Derecho de EEUU y el inglés ha llevado a acuñar el término *libel tourism*, que ha motivado iniciativas legislativas en EEUU con el objeto de eliminarlo. Pese a ello en el contexto comunitario se parte de la necesidad de garantizar ese equilibrio entre intereses en conflicto y en esa línea se dirigen los trabajos de revisión del RRII.

4. La irrupción de las nuevas comunicaciones ha venido a complicar el complejo panorama ya existente, poniendo en contacto múltiples ordenamientos jurídicos muy dispares en la reglamentación de la materia cuando el daño se produce en Internet. La pluralidad de sujetos intervinientes en las actividades desarrolladas en Internet, plantea problemas de delimitación de responsabilidades -en cuanto a su naturaleza: contractual o extracontractual, así como de los sujetos potencialmente responsables de los daños-. Así mismo, el uso generalizado de ciertos servicios en la red por los particulares supone que voluntariamente cuelgan en Internet informaciones relativas a su vida privada susceptibles de un tratamiento inadecuado, lo que puede generar responsabilidades en materia de tratamiento de datos personales. Pero al mismo tiempo permite hablar de un concepto de privacidad en la red contextualizado, distinto del que pudiera prodigarse en cualquier otro medio de difusión.

5. La caracterización de los derechos de la personalidad y las libertades de expresión e información como fundamentales y su garantía constitucional resulta esencial para el DIPr, porque va a permitir que se introduzca un elemento que puede matizar su aplicación: el orden público internacional (integrado por los valores y principios esenciales del ordenamiento jurídico del foro). Esta repercusión puede manifestarse tanto en las normas relativas al sector del Derecho aplicable -en particular, en los posibles correctivos del Derecho material extranjero localizado por la norma de conflicto del foro-, como a aquellas referidas al sector de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras -como motivo particular de denegación del reconocimiento-.

En el sector de la competencia judicial internacional el carácter fundamental del derecho cuya tutela se solicita debería incidir en este ámbito normativo a través de la garantía del derecho de acceso a la justicia. En este sentido, tendría que informar el propio diseño del sistema de fueros, toda vez que al tratarse de derechos fundamentales el acceso a la justicia debería estar garantizado en todo caso. En consecuencia, debería traducirse en el establecimiento de un sistema normativo de competencia judicial

internacional lo suficientemente amplio para permitirle al foro conocer de todos los supuestos en los que un derecho fundamental -como estos- se encuentre en peligro. Se trataría de consagrar normas atributivas de competencia que aseguren al foro el conocimiento del asunto cuando exista un nexo suficiente entre su ordenamiento y el litigio en cuestión.

6. Las tres cuestiones centrales del DIPr: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras, están sufriendo importantes modificaciones en los últimos tiempos en materia de difamación y otros derechos referidos a la personalidad (intimidad) en el ámbito comunitario. Por un lado, el TJUE en su reciente sentencia *eDate Advertising* ha venido a establecer un nuevo criterio de competencia en el marco del RBI (art. 5.3) en un supuesto de difamación por Internet, concretado en el centro de intereses principales de la víctima con competencia universal para conocer de todos los daños sufridos por la publicación de la información. Por otro lado, se está discutiendo la inclusión de una regla especial sobre ley aplicable en la materia en el RRII, habiéndose presentado una Propuesta por el Parlamento Europeo en este sentido. Y, finalmente, en los trabajos de reforma del RBI se excluye de la propuesta de supresión del exequátur todas las decisiones judiciales sobre difamación y derechos de la personalidad. Todas y cada una de estas resoluciones y propuestas son merecedoras de un análisis crítico a los efectos de presentar propuestas adecuadas que permitan mejorar la regulación que de esta materia existe en el marco de la UE.

II

7. El sector normativo de la competencia judicial internacional se caracteriza por la ausencia de normas específicas de competencia en el sistema comunitario, convencional y autónomo para conocer de las acciones de tutela frente a posibles daños a los derechos de la personalidad. Así es que la protección de estos derechos se realiza a través del cauce de las normas previstas para la responsabilidad extracontractual en su conjunto. Ahora bien, dejando al margen los posibles supuestos de disposición por el titular del derecho de la personalidad -intimidad o imagen- de ciertas facetas de su derecho mediante diversos negocios jurídicos (en función del Derecho aplicable), en cuyo caso ante una supuesta lesión por la contraparte pudiera hablarse de

responsabilidad contractual si cayera dentro del círculo de intereses de esa relación jurídica previa. Igualmente la responsabilidad pudiera calificarse de contractual cuando el daño a los derechos de la personalidad del usuario sea consecuencia del funcionamiento -normal o defectuoso- de los servicios del prestador de la sociedad de la información al perjudicado (contrato de prestación de servicios). En ambos casos, la calificación como contractual de la responsabilidad va a determinar los fueros de competencia aplicables -que si bien los generales son comunes a los supuestos de responsabilidad extracontractual, no así los especiales-. Así mismo, para el último de estos supuestos es posible calificar la relación contractual que une al prestador de servicios de la sociedad de la información con sus usuarios como de consumo, lo que incide especialmente en el sistema del RBI que prevé un régimen de competencia específico protector de la parte débil: el consumidor/usuario.

8. Para la resolución de este tipo de litigios es posible acudir a los mecanismos alternativos de solución de controversias, fundamentalmente al arbitraje. Ahora bien, es posible que por la especialidad de la materia pudiera plantearse eventuales problemas de arbitrabilidad y orden público -en función del Derecho material aplicable-, principalmente por el carácter fundamental de los derechos implicados en estos litigios. No obstante, previsiblemente en la generalidad de sistemas no vaya a plantear problemas el uso de este mecanismo alternativo para resolver sobre aquellas cuestiones relativas a las consecuencias económicas derivadas de la violación de los derechos de la personalidad. En particular, cabe sostener que esa es la situación en el Derecho español.

Además, el recurso a mecanismos alternativos de solución de controversias en las materias pertenecientes al sector de la responsabilidad extracontractual y, en particular en las demandas sobre difamación o lesión de otros derechos de la personalidad es una de las posibilidades por la que parece que apuestan las instituciones europeas; tal y como se observa de la Propuesta del Parlamento Europeo para la revisión del RRII -con el objeto de incorporar una regla de conflicto específica para los litigios transfronterizos sobre difamación y demás derechos de la personalidad- presentado el pasado noviembre de 2011, donde se hace referencia expresa y fomenta la resolución alternativa de controversias (ADR) para este tipo de obligaciones extracontractuales. En realidad no se hace otra cosa que seguir la tendencia que en este sentido parece que se está iniciando a nivel nacional en ciertos Estados miembros (como es el caso por

ejemplo de la propuesta presentada el pasado 21 de junio de 2011 en Gran Bretaña).

9. En el sistema RBI ante una demanda por difamación –o por lesión de otro derecho de la personalidad- es posible la aplicación de tres fueros (no exclusivos) que pueden atribuir la competencia: el fuero general del domicilio del demandado (art. 2), la autonomía de la voluntad de las partes -ya sea expresa o tácitamente manifestada (arts. 23 y 24, respectivamente) y, finalmente, el lugar donde se haya producido el daño o pudiera producirse (art. 5.3), todo ello sin perjuicio del posible recurso a los fueros por conexidad procesal del art. 6.

En principio, los fueros generales de competencia no presentan particularidades propias en esta materia, salvo algunas consideraciones que puede plantear el fuero general del domicilio del demandado cuando el medio por el que se llevó a cabo la intromisión ilegítima del derecho de la personalidad de que se trate es Internet. El medio virtual puede dificultar, en primer lugar, la localización del sujeto presuntamente responsable -demandado- y, en consecuencia, su domicilio. En segundo lugar, las características del medio permiten que el posible responsable se encuentre en la otra parte del mundo, por lo que el perjudicado no pueda asumir los costes de internacionalización del litigio. En tercer lugar, el perjudicado en función de la acción que quiera ejercitar para la tutela de sus derechos podrá dirigir su acción frente a distintos sujetos. En particular, para el caso del ejercicio de la acción de cesación -esencial en los supuestos de difamación y atentados contra estos derechos en la red- los intermediarios en la Sociedad de la Información pueden resultar demandados aunque estén exentos de responsabilidad por los daños causados a la víctima. Ahora bien, al margen de estas eventualidades, el domicilio del demandado como foro con competencia universal, en términos generales es perfecto para acumular todas las acciones que el perjudicado tenga contra ese sujeto, ya que además cuenta típicamente con la ventaja de que en caso de incumplimiento de la eventual decisión judicial por el demandado -resolviendo sobre la acción resarcitoria- pueda ejecutarse forzosamente en ese territorio sin tener que acudir al reconocimiento y ejecución fuera de la jurisdicción -pues generalmente el demandado tiene sus bienes en el Estado de su domicilio-.

10. Mayores problemas plantea el fuero especial contenido en el art. 5.3 (lugar del daño), más aun tomando en consideración la evolución jurisprudencial del TJUE en

su interpretación. Como consecuencia de esta evolución, la situación que esta materia presenta en el ámbito comunitario es la siguiente: el presunto perjudicado en sus derechos de la personalidad que quiera interponer una demanda podrá optar entre 1º) demandar ante los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado; 2º) ante los tribunales del establecimiento del editor o emisor de contenidos -si la información fue publicada en Internet; 3º) ante los tribunales del lugar del centro de los intereses principales de la víctima -que sea Estado miembro-; y 4º) ante los tribunales de los lugares de difusión de la información si allí la víctima es conocida. En los tres primeros casos la competencia es universal, esto es, se extiende a la totalidad del daño -con independencia de dónde se haya materializado-, mientras que en el último de los casos (lugar del daño), sólo se reconoce competencia limitada: exclusivamente para conocer de los daños producidos en el Estado del tribunal.

11. La identificación del establecimiento del editor/emisor de contenidos como lugar de origen del daño (resultante de conjugar *Shevill* y *eDate Advertising*) en este tipo de litigios, plantea una serie de cuestiones. Cabría plantearse la propia virtualidad de este fuero. En la mayoría de los casos al establecer que el lugar de origen del daño es el lugar del establecimiento del editor de la publicación controvertida en vez del lugar de edición o de la publicación, el lugar de origen coincidirá con el foro general del domicilio del demandado, en cuyo caso la especialidad de la norma cede necesariamente a favor de la regla general (art. 2 RBI). Ahora bien, el Tribunal de Justicia al pronunciarse en particular sobre la interpretación del 5.3 para los ilícitos contra los derechos de la personalidad cometidos en el medio virtual (sentencia *eDate Advertising*), ha confirmado la operatividad de este fuero en los términos expresados en *Shevill*, por lo que esa virtualidad se da por supuesta y se mantiene en la actualidad como una de las posibilidades con las que cuenta la víctima de este tipo de lesiones. Es más, en la reciente sentencia del TJUE en el asunto *Wintersteiger* -de 19 de abril de 2012- se trata del lugar de origen del daño en actividades lesivas desarrolladas en Internet y el art. 5.3 RBI, El TJUE considera que el lugar de origen del daño es el lugar donde puede localizarse el desencadenamiento por el presunto responsable del proceso técnico que lleva a la difusión de la información lesiva a través de Internet (ap. 34) y para localizar ese lugar dadas las exigencias de previsibilidad es posible prescindir de la ubicación de los elementos técnicos relevantes (toda vez que puede ser desconocida su ubicación, por ejemplo de los servidores utilizados para la difusión de la información).

En este sentido, y siguiendo ese criterio de previsibilidad el Tribunal de Justicia establece la localización del lugar de origen en el lugar cierto e identificable donde el presunto responsable decide la puesta en marcha de la actividad de difusión de información que constituye la presunta infracción, lo que en el asunto principal le lleva al Tribunal a fijar ese lugar allí donde el anunciante tiene su establecimiento (el presunto infractor).

Por otro lado, siguen vigente problemas no resueltos en atención a este criterio. No se ha respondido a la cuestión que plantean aquellos supuestos en los que el lugar de edición y el del establecimiento del editor/emisor son distintos, no se responde si merecen un tratamiento diferenciado y, en ese caso, cuál sería. En estos términos podría plantearse como solución que si no coinciden en el mismo lugar el establecimiento del editor/emisor y la edición/publicación del periódico -o en caso de Internet, de la publicación o subida a la red de la información controvertida-, pero sí el lugar de establecimiento del editor/emisor con el del demandado, la víctima pudiera optar por demandar en este último lugar por la totalidad de los daños sufridos (sobre la base del art. 2 RBI), o bien ante el lugar de edición o publicación del periódico (o dónde la información fue colgada en la red) igualmente con competencia universal, entendiéndose que éste sería el lugar donde se verifica el hecho causante del que se derivan los daños (es decir, el verdadero lugar de origen). Con esta particular aproximación interpretativa -que ni la doctrina *Shevill* ni *eDate Advertising* excluyen- podría afirmarse la existencia de una verdadera opción para el demandante con plenas garantías. Pues en caso contrario la competencia judicial internacional se limitaría bien al Estado miembro del lugar del establecimiento del editor/emisor de contenidos (que por lo general coincidirá con domicilio del demandado, aplicándose entonces la norma de competencia general del art. 2 RBI), o bien al lugar/es de difusión/acceso al material colgado (art. 5.3, pero con competencia limitada como lugar del daño).

12. El TJUE con la sentencia *eDate Advertising* deja claro que los anteriores criterios (*Shevill*) deben adaptarse a la particularidades de Internet, y con esa premisa consagra un nuevo criterio de competencia para los tribunales del lugar donde el perjudicado tiene su centro de intereses. Para ello establece una ficción en el este lugar se considera lugar de origen del daño a los efectos del art. 5.3 RBI, en atención al alcance de la competencia que se le reconoce: para la totalidad de los daños. El

fundamento en el que se basa el Tribunal de Justicia para ello es que el criterio utilizado anteriormente –*Shevill*– para localizar el lugar del daño en aquel o aquellos lugares donde la publicación se difunde no es aplicable al medio virtual, como consecuencia de su carácter universal lo que determina lo ubicuo de la difusión por este medio. Con esta aproximación se consigue en Internet concretar -en principio- el lugar del daño en un único Estado, pero además, al mismo tiempo, otorga al perjudicado un foro que haga posible la reparación de las lesiones potencialmente más significativas y de especial gravedad precisamente por el alcance global/universal del medio utilizado para la difusión. Para ello el Tribunal de Justicia considera que el órgano jurisdiccional que se encuentra en mejor posición para conocer de la causa será el del lugar en el que la supuesta víctima tiene su centro de intereses, pues presumiblemente será quien puede apreciar mejor la eventual lesión de los derechos de la personalidad de la víctima a través de Internet. Además, esta aproximación cumple con el objetivo de previsibilidad para el potencial demandado ya que, en principio, el emisor en el momento de la publicación de la información puede conocer el centro de interés de las personas que son objeto de la información.

El Tribunal de Justicia deja abierta dos posibilidades para concretar este lugar: que el centro de intereses coincida con su residencia habitual -que será lo que ocurra normalmente-, o que el centro de intereses se encuentre en otro Estado miembro distinto donde el perjudicado tenga su residencia habitual atendiendo a otros indicios del caso que permitan establecer que con ese otro Estado existe un particular vínculo de conexión -por ejemplo el ejercicio de una actividad profesional-. Desde esta perspectiva la valoración que puede darse a esta aproximación en términos generales es favorable, ahora bien, desde el punto de vista práctico se traduce en un nuevo foro -que se suma a los anteriores- al que puede acudir la víctima (aumentando la multiplicidad ya existente).

Ahora bien, podría resultar relevante valorar si para esa atribución de competencia a los tribunales del centro de intereses de la víctima requiere que la información controvertida y las circunstancias de su distribución en Internet presentaran alguna conexión adicional con ese Estado miembro. Esto es, si la atribución de la competencia ilimitada a los tribunales del Estado miembro del centro de intereses de la víctima puede resultar apropiada únicamente cuando la información controvertida sea

objetivamente relevante en aquel país. El TJUE no hace mención alguna a este requisito adicional, pero éste puede derivarse de manera implícita de la resolución. Para el Tribunal la clave para localizar el Estado del centro de intereses de la víctima es la existencia de un vínculo especialmente estrecho entre el perjudicado y ese Estado que determina que sus tribunales son los que se encuentran en mejor posición para valorar la presunta lesión de los derechos de la personalidad –y, en consecuencia para resolver-, y al mismo tiempo, que sea fácilmente previsible para el presunto responsable dónde puede ser demandado. Y ello con independencia de la intencionalidad del emisor. El hecho de atribuir al Estado del centro de intereses de la víctima competencia para conocer de la totalidad de los daños causados por la difusión con independencia la intencionalidad del medio, puede ser cuestionable en aquellos supuestos en los que la difusión estaba claramente dirigida a un país –países- distintos del centro de intereses de la víctima, pues pudiera parecer injustificado. En este sentido, estos supuestos no se diferenciarían de aquellos en los que la difusión sea a través de un medio impreso –por lo limitado del alcance de la difusión-. De tal manera que la premisa de la que parte el TJUE para fundamentar este criterio –diferenciado en función del medio utilizado– declinaría, y sería necesario en este sentido matizar su aplicación en ciertos casos. En primer lugar, cuando el medio de difusión de la información lesiva es un medio impreso éste también puede prever razonablemente que en el país del centro de intereses de la víctima la información será objetivamente relevante (noticiable). Además, el hecho de que la publicación de la información se realice originariamente en un medio de comunicación impreso no impide que posteriormente llegue al Estado del centro de intereses de la víctima (entre otros) si es que la información es republicada por otros medios digitales en la red. Este último supuesto no dista con mucho de las difusiones de contenidos a través de Internet cuando se limita el acceso a la información a las personas que se encuentran en ciertos Estados.

13. La sentencia *eDate Advertising* mantiene la multiplicidad de foros como lugar del daño con competencia limitada establecido en *Shevill*. La mera accesibilidad –presente o pasada– del contenido controvertido desde el territorio de un Estado miembro le atribuye competencia para conocer en relación con los daños causados en su territorio. Este criterio puede suponer el reconocimiento de una capacidad universal –y por tanto ilimitada– de los tribunales nacionales para decidir sobre casos de Internet, esto es, en todos aquellos supuestos en los que desde aquél país se tenga acceso a la

información (a la *web*) -siempre que el sujeto sea conocido allí-. Esto que desde el punto de vista del sistema autónomo podría no ser criticable, ya que cada Estado configura su régimen interno de competencia judicial internacional según sus propios principios y valores, desde la perspectiva del principio de proximidad que informa todo el sistema RBI puede chocar. Por ello, si se mantiene este criterio sería quizá adecuado que se reglamentaran elementos adicionales a la simple descarga o recepción del contenido cuando éste se encuentra disponible en la red, con el objetivo principal de garantizar el principio de proximidad y, consecuentemente, la necesaria previsibilidad de los fueros para la seguridad jurídica de las partes.

Aun partiendo de la competencia limitada que se otorga a los lugares del daño, la principal crítica que surge es clara: el único requisito de la accesibilidad no resulta suficientemente justificado desde el punto de vista de la previsibilidad para el potencial demandado. Si bien es cierto que todos los que operan en Internet conocen –o deberían conocer- que el alcance del medio es global, al igual que se utilizó por el Tribunal el fundamento de la ubicuidad de las difusiones en este medio y su alcance global para concretar como foro con competencia ilimitada el lugar del centro de intereses de la víctima, esa misma argumentación debería sostenerse para al menos precisar el criterio accesibilidad. Parece que sería necesario acompañar a este criterio de otros elementos o indicios que permitieran conocer *a priori* al potencial responsable dónde puede ser demandado dentro del territorio UE. Ahora bien, el alcance limitado de la competencia - para los daños sufridos dentro de su jurisdicción- conduce a que indirectamente se establezca esa mínima conexión entre el supuesto y el litigio, ya que si no concurren los intereses protegidos en ese territorio no hay daño que resarcir. Pero en la generalidad de los supuestos -personas particulares no conocidas internacionalmente- el país donde son conocidas y, en consecuencia, sus derechos de la personalidad pueden ser lesionados, será aquél donde tenga su residencia habitual. De tal manera que en estos supuestos se puede identificar como el lugar del centro de intereses principal de la víctima con competencia universal y no como lugar del daño. En este sentido, esta opción parece que realmente no se presenta como una solución adecuada ya que con el criterio centro de intereses de la víctima se llega al mismo resultado con mayor previsibilidad para las partes. Y para el caso de las personas internacionalmente conocidas, tampoco resulta satisfactorio, pues claramente éstas estarán más inclinadas a litigar en un único Estado por la totalidad de los daños sufridos que ir uno a uno a los países donde el contenido

tiene o ha tenido acceso. El reconocimiento al lugar daño (lugar de difusión de la información) como foro con competencia limitada en los supuestos de daños por publicación de informaciones lesivas tenía sentido -en la mayoría de los supuestos- cuando la interpretación del 5.3 no permitía reconocer como lugar de origen la residencia habitual o domicilio del perjudicado, de manera que a través de esta opción se permitía a la víctima litigar desde su propio territorio -sin que los costes de la internacionalidad del litigio impidiera ejercer su derecho de tutela- sin tener que ir a un tercer Estado a reclamar por los mismos daños (ya que si se trata de una persona particular, típicamente será conocida allí donde desarrolle su vida, lo que no es predicable para los supuestos relativos a personajes públicos). Pero ahora con la creación del nuevo criterio centro de intereses de la víctima parece que esta previsión carezca de sentido.

En conclusión, en el contexto virtual el problema no es la determinación del lugar de resultado sino precisamente la multiplicidad de estos. Potencialmente todos los tribunales estatales de todos los Estados miembros donde el sujeto fuera conocido pueden ser competentes en virtud de este fuero, lo que claramente supone una falta de previsión para los posibles demandados, en particular cuando el titular del derecho es especialmente conocido. Pero no resulta adecuado para ninguna de las partes. La situación existente desincentiva a la víctima al uso del fuero del lugar del daño -ya que no están en condición de usarla, por los costes de tiempo y dinero que difícilmente una persona puede asumir-, y lo mismo respecto del presunto responsable, ya que le puede resultar excesivamente gravoso. No obstante, a pesar de las dificultades prácticas que genera la opción por el *locus damni*, este criterio no desaparece en *eDate* sino que llamativamente se confirma para el medio virtual

14. Respecto de la posición por la que el TJUE ha optado cuando el medio a través del cual se lesiona los derechos de la personalidad es Internet (*eDate Advertising*) puede hacerse varias observaciones. En primer lugar, si bien es cierto que Internet presenta características propias diferenciadas del resto de medios de difusión por su alcance potencialmente universal e inmediato, en esta materia en particular esa característica innata del medio puede no tener tanta relevancia como cabría pensar en una primera aproximación. Para que se puedan lesionar los derechos referidos a la personalidad es necesario que concurren los intereses tutelados -la reputación, la esfera

íntima indisponible, etc.-, de tal manera que no es posible atentar contra estos derechos en todas partes. Aunque esta afirmación debe ser precisada para aquellos supuestos en los que se trate de una persona mundialmente conocida. En este último supuesto, la principal diferencia entre el medio virtual y otro medio de difusión tradicional sería meramente cuantitativa: una potencial difusión mundial frente a una difusión multiestatal más limitada. Además, la publicación en el medio virtual puede ser con alcance restringido, limitando el acceso a ciertos Estados, de tal manera que en estos supuestos el alcance de la difusión podría no diferenciarse de un medio a otro. Y en estos términos habría que plantearse si se justificaría la adopción de una norma específica de competencia -y correlativamente de solución de ley aplicable- para el medio virtual.

En segundo lugar, si el Tribunal parte de que Internet es una realidad completamente distinta a los medios tradicionales para fundamentar la modificación de la regla del 5.3 RBI introduciendo un criterio nuevo con competencia universal: centro de intereses de la víctima -por esa inadecuación del criterio lugar del daño por la ubicuidad de la difusión del medio-, la coherencia en la argumentación exigía que se llevara esta distinción hasta sus últimas consecuencias, lo que debería haberse traducido en la eliminación de la anterior doctrina *Shevill* para estos supuestos en la red. Al mantener el criterio de lugar del daño (allí donde se tenga o tuvo acceso al contenido y el sujeto es conocido) no se cumplen con los objetivos que predica la propia resolución -para admitir ese nuevo criterio de competencia-, esto es, la necesidad un criterio que sea cercano para la víctima y además suficientemente previsible para el posible demandado -el emisor-, pues en este sentido habría que eliminar el *locus damni*.

15. En definitiva, la interpretación que del art. 5.3 RBI ha dado el TJUE en el asunto *eDate Advertising* favorece la posición del presunto perjudicado, en la medida que le permite litigar en un nuevo foro (distinto al domicilio del demandado y al establecimiento del editor o emisor de los contenidos) para reclamar por la totalidad de los daños sufridos por la difusión de la información controvertida (lo que en Internet en principio es global). Puede hacerse una valoración favorable de esta aproximación teniendo en cuenta las nuevas exigencias derivadas de la sociedad de la información, ya que la sola accesibilidad no es admitida por el Tribunal como criterio atributivo de competencia judicial internacional universal: para el conjunto de los daños derivados de

la difusión en principio mundial, sino que se otorga exclusivamente competencia para los daños sufridos dentro de esa jurisdicción. Ahora bien, esa posibilidad de litigar en cualquier Estado miembro donde el contenido controvertido está o fue accesible - aunque sea con competencia limitada- sin ninguna otra exigencia de conexión con el foro, multiplica ilimitadamente los posibles foros competentes lo que no ayuda a la seguridad jurídica que debe garantizarse dentro del territorio UE para todas las partes. Desde esta perspectiva, el potencial demandado no goza de esa suficiente previsibilidad, poniendo a la víctima en una situación de preeminencia que no resulta necesaria. De tal manera que hubiera resultado más adecuado quizá haberse quedado con las dos primeras de las precisiones del art. 5.3 con competencia ilimitada, lo que permitiría abarcar todos los supuestos de lesiones a los derechos de la personalidad con independencia del medio utilizado (establecimiento del editor -para los medios tradicionales- o del emisor de contenidos -para el medio virtual- y el Estado del centro de intereses de la víctima).

16. Parece que los problemas de aplicación del art. 5.3º RBI, con claras repercusiones prácticas, no se encuentran resueltos totalmente por la doctrina del TJUE (*Mines de potasa*, *Shevill* y *eDate Advertising*, principalmente) y esto es aun más patente en el nuevo contexto de la Sociedad de la Información o del conocimiento, donde el criterio territorial *locus damni* establecido por la mera accesibilidad abre la puerta a una multiplicidad de posibles Estados competentes con poca o casi ninguna conexión con el supuesto. Podría concluirse entonces que ante este panorama sería conveniente una armonización de las normas de competencia judicial internacional en la materia, y en este sentido, la posibilidad de establecer una única norma de competencia de alcance universal. Esta armonización podría venir dada por la revisión de este artículo (aunque ya no será a corto plazo, a la vista de la revisión planteada del RBI). Habrá que esperar a que se llegue a un acuerdo general en este ámbito y, en su caso, ver la técnica por la que optará el legislador. Quizá lo más previsible es se opte por un método similar al aplicado para la revisión del art. 5.1º RBI, de forma que se estableciera conceptos autónomos de *locus delicti* y *locus damni* para la responsabilidad civil extracontractual general.

A la espera de la evolución de la materia es posible proponer posibles soluciones al efecto. Aunque son varias las aproximaciones por las que se puede llegar a un mismo

o similar resultado, dos son las posibilidades que se consideran las más adecuadas. En primer lugar podría añadirse en el artículo 5.3 un inciso propio indicando como criterios el establecimiento del editor/emisor de contenidos y el centro principal de intereses de la víctima, ambos foros con competencia ilimitada para conocer de la totalidad de los daños sufridos -para la generalidad de casos con independencia del medio utilizado para la publicación y difusión de los contenidos lesivos-, eliminando la posibilidad de acudir a los diversos lugares del daño. De esta forma, podría justificarse el nuevo criterio centro de intereses de la víctima introducido por el TJUE, ya que desde la óptica del 5.3 (lugar de origen y lugar del daño) la competencia ilimitada que se le reconoce no se justifica como lugar de origen. En segundo lugar, ese inciso podría ser único recogiendo el criterio de la residencia habitual del perjudicado otorgando competencia universal a estos tribunales, si bien con matizaciones para aquellos supuestos en los que la residencia habitual del sujeto no sea el país con el que muestre mayores conexiones el supuesto -en particular cuando se trate de personajes públicos en los que pueda establecerse territorios con mayor conexión-, en cuyo caso serían los tribunales de aquél Estado los competentes. Estableciendo como criterio general la residencia habitual o domicilio del perjudicado se cubrirían la generalidad de supuestos que en la materia podría generarse, y para el resto -que no resultasen cubiertos- podría solucionarse con una cláusula de escape que permitiera un control por el tribunal del foro a este respecto desvirtuando esta presunción, en atención a ciertos elementos probatorios o indicios que permitan localizar el Estado donde realmente el derecho ha sido violado.

En cualquier caso, aunque el establecimiento de la residencia habitual o domicilio del perjudicado como criterio resulta adecuado en la mayoría de los casos, no elimina ni resuelve todas las dificultades, sobre todo si se trata de supuestos en el que la difusión del medio de comunicación en el lugar del domicilio de la víctima no ha sido razonablemente previsible por el editor/emisor del contenido -más aun si la intencionalidad del medio no es un elemento a tener en consideración, tal y como se deriva de *eDate Advertising*-. Además, esta aproximación tampoco evitaría los problemas derivados del alcance limitado de las medidas de protección de estos derechos distintas de la acción resarcitoria (en particular la acción de cesación) cuando éstas son adoptadas por el foro con base en el fuero especial previsto para la acción resarcitoria -al no existir un tratamiento específico para estas medidas-, salvo aquellos supuestos en los que la edición o distribución/acceso coincidiera con el domicilio del

demandante. Si bien, este mismo problema plantearía cualquiera de las opciones que se propongan, y esto se deriva del tratamiento conjunto de las acciones cuando los sujetos frente los que se puede ejercitar son distintos, ya que cuando el medio es Internet la acción de cesación puede no dirigirse contra el editor/emisor de contenidos sino contra el prestador de servicios de la sociedad de la información correspondiente con lo que el fuero del establecimiento del editor/emisor contenidos si no coincide con el del prestador de servicios tampoco eliminaría este problema. Pero en cualquier caso, este fuero sería uno más de entre los que pudiese elegir el demandante.

17. Todas las conclusiones negativas a las que se ha llegado respecto de la situación actual del sistema RBI -por la evolución jurisprudencial- derivada de la multiplicidad de foros competentes en esta materia, puede extrapolarse al sistema de competencia judicial internacional de fuente interna español. La interpretación del art. 22.3 LOPJ por los tribunales españoles no difiere con mucho de la aplicación del art. 5.3 RBI, ya que está fuertemente influenciada por la doctrina del TJUE. De tal manera que previsiblemente en los futuros casos en los que los tribunales españoles aplique -residualmente para un supuesto de difamación internacional no reglamentados por el RBI- la norma de conflicto contenida en el art. 22.3 LOPJ, lo hará siguiendo los criterios del Tribunal de Justicia establecidos en *eDate*. En los mismos términos que se propone un cambio en el sistema RBI -en aplicación del art. 5.3- se propone una interpretación del criterio del 22.3 LOPJ: competencia universal para los tribunales españoles si España es el lugar del establecimiento del editor/emisor de contenidos o el lugar del centro de intereses de la víctima/residencia habitual.

III

18. Especial relevancia tienen en los supuestos sobre lesiones a los derechos de la personalidad por publicación de contenidos controvertidos las medidas provisionales o cautelares, en especial la acción de cesación -si bien también puede ejercitarse de manera conjunta o separada como acción de fondo por el perjudicado con el mismo tratamiento de competencia y Derecho aplicable que la acción resarcitoria-. En el sistema del RBI opera una definición autónoma de medidas provisionales o cautelares para que resulte de aplicación el art. 31 -que se ha establecido por la doctrina del TJUE-. De este concepto autónomo se deduce que se refiere a aquellas medidas que, en las

materias incluidas en el ámbito de aplicación del RBI, “van dirigidas a mantener una situación de hecho o de Derecho para salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento se solicita, además, al juez que conoce del fondo del asunto”. Se trata de un concepto autónomo y restrictivo, exclusivamente definido para los propósitos del art. 31 (y que no se modifica con el art. 36 de la Propuesta de la Comisión para la reforma del RBI). Cualquier otra medida que persiga un fin distinto al señalado o que no encaje dentro de esta definición no podrá calificarse de provisional o cautelar a los efectos del RBI y, por tanto, el tribunal no podrá acudir a este fuero específico para fundamentar su competencia. La definición autónoma de medida provisional es la que sirve de base para analizar cada una de las medidas que eventualmente cada ordenamiento jurídico nacional reconoce en particular para la tutela del derecho en cuestión para ver si es posible su adopción como medida cautelar con base en ese fuero del art. 31. En el caso particular de las medidas previstas para salvaguardar los derechos de la personalidad frente a ataques no legitimados -fundamentalmente en el ejercicio de un eventual derecho a la libertad de expresión o información- las posibilidades son muy diversas en función del sistema nacional que resulte aplicable. En este sentido, las medidas concretas para la protección de los derechos de la personalidad previstas en el sistema español con carácter preventivo o cautelar -“para prevenir intromisiones inminentes o ulteriores” del art. 9.2 LO1/82-, ha de analizarse si posible su encaje en el concepto autónomo de medidas provisionales del art. 31 RBI.

19. La competencia judicial para las medidas provisionales dentro del sistema RBI permite dos posibilidades: bien acudir al tribunal competente sobre el fondo del asunto, bien al fuero de competencia cautelar del art. 31. Cada una de estas posibilidades plantea cuestiones tanto en la reglamentación actualmente vigente como en la futura versión del RBI -en atención a los trabajos de reforma del Reglamento-, si bien no particulares del ámbito de la difamación o del resto de derechos de la personalidad. En consecuencia, en esta materia y para el resto, para poder recurrir al fuero cautelar no sólo la medida debe encajar dentro de la referida definición autónoma sino además tiene que existir una conexión real entre el objeto específico de la medida que se solicita y la jurisdicción territorial del Estado miembro del tribunal ante el que se solicita su adopción, sin que se dé ningún elemento de referencia para apreciar esa conexión (tampoco en la propuesta de revisión del RBI, en el art. 36 no se recoge referencia alguna al respecto).

Si el perjudicado solicita las medidas directamente ante el tribunal que conoce del fondo del asunto (con base en los fueros del 2 al 24 RBI), en estos litigios podría ser aquél que sea considerado como lugar del daño a la luz del art. 5.3º. El texto del art. 5.3 permite la adopción de tales medidas no solo una vez que el daño ya se ha producido sino cuando éste aun no ha llegado a materializarse, con carácter preventivo, cuando exista riesgo real de producirse. El problema está en ese riesgo real del daño futuro, cómo puede valorarse. Tienen cabida únicamente aquellos que son específicos, no generales, aquellos que objetivamente en función de las circunstancias particulares del caso existe certeza de que se produzcan, sin que sea admisible una simple posible eventualidad. Además, esos daños futuros que se pretenden evitar o mitigar pueden originarse y verificarse en distintos lugares, por lo que el principio de ubicuidad también se aplicaría para estos supuestos, con los consecuentes problemas de localización habiendo que moverse en el ámbito de las presunciones (dados los evidentes problemas en cuanto a la localización del daño si se trata de daños futuros o difusos). En cualquier caso no existe problema en admitir esa competencia de los tribunales del fondo para adoptar este tipo de medidas dentro del sistema RBI pero éstos pueden sobrevenir posteriormente en el momento de solicitar su eficacia fuera de la jurisdicción del tribunal que la adoptó (reconocimiento y ejecución de decisiones), principalmente por razones de orden público -ya que estas medidas suponen la limitación de derechos fundamentales: libertad de expresión- o por defectos en las garantías procesales del demandado -si es que se adoptaron *in auditia parte*-.

En la Propuesta de la Comisión para la reforma del RBI específicamente se recoge en el art. 35 la posibilidad de adopción de este tipo de medidas provisionales por el tribunal con competencia sobre el fondo del asunto. No obstante, el texto del artículo 35 propuesto puede plantear problemas interpretativos, ya que no deja claro si es necesario que la competencia del tribunal haya sido ya establecida o no en el momento de la solicitud de las medidas provisionales. No es posible determinar si es suficiente con la potencial competencia o si necesariamente ésta debe ser ya efectiva. Además, tampoco resuelve las eventuales cuestiones que podrían plantearse en relación con los posibles supuestos de litispendencia. Todo ello reclama una mayor claridad en la redacción de este artículo. Ahora bien, partiendo de las vigentes normas y de la necesaria coordinación del Reglamento con otros instrumentos comunitarios parece que

lo adecuado sería una interpretación que permitiera esa competencia para conocer de la medida cautelar por aquél tribunal que pudiera ser competente sobre el fondo del asunto aunque todavía ésta no se haya establecido. Esta interpretación podría plantear supuestos problemáticos, como serían aquellos en los que un tribunal que potencialmente fuera competente para conocer del fondo con esa base adoptara una medida cautelar, pero que finalmente no conociera del litigio principal. En este supuesto, podría solicitarse el reconocimiento de esa medida cautelar adoptada en la jurisdicción de otro Estado miembro dentro del sistema RBI, lo que podría generar conflictos entre las posibles medidas provisionales. Los eventuales problemas podrían solucionarse dándole un tratamiento similar al que se establece para las medidas cautelares adoptadas en atención al art. 31 RBI (esto es, la restricción estrictamente territorial de su alcance a la jurisdicción del tribunal cautelar aunque su fundamento competencial fuera sobre el fondo -art. 35 de la Propuesta-).

20. La posible solicitud de reconocimiento y ejecución de las medidas provisionales adoptadas con base en el fuero cautelar -admisible en el sistema actualmente vigente- se elimina en la Propuesta de revisión del RBI, limitando su alcance exclusivamente al ámbito territorial del tribunal de adopción -el del lugar de ejecución-, por lo que únicamente podrán tener eficacia extraterritorial estas medidas de naturaleza cautelar cuando hayan sido adoptadas por los tribunales competentes sobre el fondo. Si bien, siempre y cuando pasen con éxito el procedimiento de homologación de sentencias que supone el exequátur -ahora y en un futuro, ya que en materia de difamación y derechos de la personalidad no se prevé la eliminación del éste-. De tal manera que, previsiblemente cuando se trate de una acción de cesación de una actividad con repercusión multiestatal -como son aquellas desarrolladas en Internet- la eficacia de la medida va a ser limitada -a aquellos ordenamientos en los que el equilibrio de los derechos fundamentales en juego se reglamente de una manera compatible-. Lo mismo es predicable cuando la medida se solicite no de forma cautelar sino como acción de fondo, salvo que se solicite directamente en el domicilio del demandado. En este sentido, los prestadores de servicio de la sociedad de la información adquieren gran importancia, pues aun partiendo de la cláusula general de exención de responsabilidad a la que como intermediarios pueden acogerse (DCE/LSSI) puede dirigirse por el perjudicado la acción de cesación contra aquellos directamente solicitándolo en el lugar de su establecimiento (art. 2 RBI), lo que resulta más efectivo que ejercitarlo

conjuntamente con la acción resarcitoria con base a otro fuero (o incluso el fuero del domicilio del demandado contra el que se dirige la acción resarcitoria: el agente material del daño como responsable) y luego tener que recurrir al reconocimiento y ejecución de la decisión en todos países desde los que se pueda acceder al contenido lesivo.

21. El limitado alcance espacial de las medidas de cesación provisionales no viene determinado por la naturaleza cautelar del fuero en el que se fundamenta el tribunal para su adopción sino que éste puede referirse también respecto de aquellas que se hubieran adoptado con base en alguno de los fueros de competencia de fondo (art. 5.3 RBI ó art. 2 RBI). En consecuencia, también este alcance limitado es predicable respecto de las acciones de cesación ejercitadas como acciones de fondo. El alcance espacial de la prohibición de actividad está vinculado a la competencia judicial de base. Así es que en principio, una competencia ilimitada, como la del art. 2 o la del lugar de origen del art. 5.3 RBI –establecimiento del editor/emisor de contenidos o centro de intereses principal de la víctima-, permite obtener una cesación para cualquier Estado en los que puedan producirse efectos dañosos y, correlativamente, una competencia territorialmente limitada, como la del fuero del lugar del daño del art. 5.3º, sólo puede ordenar la cesación respecto de los daños producidos en la jurisdicción del foro. Esta reflexión se deriva de la doctrina *Shevill*, en relación con las acciones resarcitorias (indemnizatorias) y de *eDate Advertising* que ha extendido esta lógica, aunque sin referirlo expresamente en su razonamiento, a un litigio en el que también se había planteado una acción de cesación.

Ahora bien, el hecho de que el tribunal tenga reconocida una competencia universal en ningún caso va a determinar una cesación de la actividad más allá de lo que permita el Derecho aplicable al fondo (ya sea en atención a la legitimación del demandante o al objeto jurídico protegido). De tal manera que vuelve a plantearse el limitado alcance espacial de las acciones de cesación en particular respecto de aquellas actividades desarrolladas en Internet –por lo que salvo que se solicitara la medida en el lugar de origen de la actividad a la que va dirigida la cesación, únicamente podría conseguirse cesaciones fragmentadas de la actividad, esto es, fragmentar por Estados el acceso o la difusión de la información.

22. La eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales adoptadas en materia de derechos de la personalidad, y en particular en los casos de difamación internacional, viene condicionada por el orden público internacional como principal causa de denegación del reconocimiento dentro y fuera del sistema RBI. La generalidad de sistemas nacionales prevén este motivo para impedir la eficacia en su jurisdicción de resoluciones que sean contrarias a los principios y valores esenciales de su propio sistema. En este sentido, el tratamiento de las reclamaciones transfronterizas por difamación en EEUU resulta particularmente relevante. Las iniciativas legislativas de los últimos tiempos que en EEUU se han planteado (primero a nivel estatal por ciertos Estados de la Unión y posteriormente a nivel federal con la adopción de la *Speech Act* de 2010) dan muestra de la importancia que a la materia se da en este territorio. Esta evolución legislativa está dirigida a luchar contra el fenómeno del “*libel tourism*” y para ello se deniega el reconocimiento de cualquier decisión extranjera que pudiera resultar contraria a la Primera Enmienda de la Constitución americana que tutela la libertad de expresión de los ciudadanos y empresas de EEUU. En conclusión, esta reforma en EEUU responde a una protección conocida en nuestro sistema: el orden público, pero el equilibrio entre los derechos fundamentales implicados puede ser diferente entre EEUU y Europa.

23. También desde la perspectiva europea las resoluciones extranjeras en general, y las de los tribunales de EEUU en particular, adoptadas en este tipo de materias tampoco han sido fácilmente reconocidas por los tribunales nacionales. Las causas de denegación de reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras se han reconducido igualmente a través del recurso al orden público por el tribunal requerido (en su aspecto sustantivo, art. 34.1 RBI). En términos generales, la incidencia del orden público como motivo de no reconocimiento de este tipo de decisiones puede clasificarse en dos grandes grupos de supuestos: por un lado, cuando el motivo está en conexión con la propia ilicitud del comportamiento enjuiciado y sancionado por la decisión extranjera (lo que viene determinado en función del tratamiento que de los derechos en conflicto se realiza tanto en el foro -tribunal requerido- como en el Derecho material extranjero que el tribunal de origen aplicó para resolver sobre el fondo) y, por otro lado, aquellos en los que la causa de denegación del reconocimiento se centra en el tipo de daños que la resolución recoge.

En el primero de los supuestos, las distintas aproximaciones por las que los sistemas jurídicos nacionales optan cuando se reglamenta la relación entre los derechos de la personalidad y las libertades de expresión e información (incluso si se comparan ordenamientos jurídicos pertenecientes a la misma familia jurídica –o de tradición similar- como es el caso de los sistemas continentales) conducen a potenciales soluciones contradictorias en función del tribunal que conoce y, consecuentemente, del Derecho aplicado por éste para resolver. Esto supone que potencialmente, incluso dentro del sistema de reconocimiento del RBI, entre Estados miembros no existen garantías de que la eventual sentencia recaída en este tipo de litigios pueda llegar a producir efectos más allá de la jurisdicción del Estado del tribunal origen. Ahora bien, entre países de la UE esto debe ser excepcional, pues el CEDH y la CDFUE determinan que el contenido esencial de los derechos fundamentales en pugna y su equilibrio sean básicamente coincidentes. Esta posibilidad puede resultar más evidente si el tribunal de origen del que proviene la decisión que se pretende reconocer es un tribunal de EEUU, donde la tutela constitucional a la libertad de expresión alcanza su máxima expresión frente a un reconocimiento meramente jurisprudencial de los eventuales derechos de la personalidad en conflicto.

En el segundo de los casos los mayores problemas los plantean los denominados *punive damages*. Esta institución propia de los sistemas del *common law*, en particular del sistema de EEUU, no encuentra reflejo en los sistemas pertenecientes al *civil law*, ya que la responsabilidad civil extracontractual en la generalidad de ordenamientos europeos se basa en la función de reparar y/o restituir sin que el carácter punitivo -no compensatorio- de la sanción para el responsable esté admitido. En este sentido, tradicionalmente ha existido un rechazo a este tipo de decisiones que reconocen daños punitivos pero actualmente no siempre es la causa de denegación de reconocimiento de este tipo de decisiones extranjeras. Existe una tendencia cada vez más generalizada por los tribunales nacionales europeos de admitir este tipo de resoluciones si los importes que se recogen como debidos por el ejecutado son equiparables a los que según la ley nacional del foro –Estado requerido- corresponderían para ese tipo de obligación extracontractual en cuestión -con independencia de la terminología utilizada para designar los daños-.

24. A pesar de que la cláusula de orden público consagrada en el primer apartado del art. 34 del RBI debe interpretarse y aplicarse de manera restrictiva (justificado por su propio tenor literal “manifiestamente contrario”), y que ha de tenerse en cuenta que los derechos de la personalidad están condicionados por factores de carácter social y temporal –además del propio comportamiento de su titular, que delimita su alcance-, lo que limita en mucho el posible recurso por el foro requerido a esta causa de denegación del reconocimiento dentro del sistema RBI, no desaparece esta posibilidad.

El potencial peligro que supone la limitación de los efectos de las resoluciones judiciales en esta materia estrictamente a las jurisdicciones que las adoptan, incluso dentro de la UE- no parece que vaya a desaparecer a corto plazo. Y esto es, por un lado, resultado de la falta de armonización en el marco de la UE del sector del Derecho aplicable -no sólo sustantiva sino también conflictual de la materia- y, por otro, de la situación actual y previsiblemente futura del régimen de reconocimiento del RBI para estas decisiones -que mantiene esta situación de inseguridad-. Atendiendo a los trabajos de reforma del RBI se prevé la abolición del exequátur dentro del mercado interior para las decisiones adoptadas por los Estados miembros dentro del marco del RBI, si bien se exceptúa expresamente de esta supresión las resoluciones dictadas en casos de difamación y demás derechos referidos a la personalidad.

25. La argumentación en la que se fundamenta la exclusión de la materia en la propuesta de supresión del exequátur carece de razonamientos jurídicos y constituye en sí mismo un círculo vicioso. En este sentido, no se armoniza una solución de ley aplicable en el marco de la UE -sin que existan razones técnico-jurídicas que lo justifiquen- y a continuación se utiliza precisamente como argumentación que no existe armonización conflictual para eliminar de la propuesta de supresión del exequátur estas decisiones. Esto se traduce en que se mantiene para éstas el sistema actual de circulación de resoluciones en el ámbito comunitario, en principio, más gravoso. Pero al margen de la falta de lógica jurídica de este argumento, tampoco se sostiene si se toma en consideración el actual sistema de reconocimiento del RBI. Dentro de la UE, ni en los supuestos de difamación o derechos de la personalidad ni en el resto de materias se puede controlar el Derecho aplicado. En consecuencia, si no es posible el control del Derecho aplicado -ni actualmente ni en el texto proyectado de revisión del RBI- ya que está prohibida esa revisión y, por su puesto, no se admite el control de la norma de

conflicto utilizada y su correcta aplicación por el tribunal de origen, la falta de armonización conflictual no es una argumentación válida para mantener el *exequátur*. No obstante, cabría otro posible motivo para evitar la supresión del *exequátur* a esta materia: que esta supresión implica también la eliminación del control del orden público. En este sentido, el tribunal requerido no podría verificar si la resolución -de otro Estado miembro- que se pretende reconocer en su territorio respeta o no los principios y valores esenciales de su ordenamiento jurídico. Si bien, esto puede aplicarse no sólo respecto de la difamación y demás derechos de la personalidad sino a todas las resoluciones que puedan afectar a derechos fundamentales. Por lo que este argumento sería extensible y eliminaría la posibilidad de suprimir el *exequátur* en todos los casos en los que pudieran resultar implicados derechos fundamentales.

IV

26. La evolución jurisprudencial del TJUE (*Minas de potasa, Shevill y eDate Advertising*) en interpretación del art. 5.3 del sistema RBI no ha hecho sino que multiplicar los foros competentes para conocer de los supuestos de difamación o lesión de la intimidad de alcance internacional. Una multiplicidad de fueros a disposición de la víctima entre los que podrá, en principio, optar. Esa proliferación de fueros unida a la ausencia de norma de solución de ley aplicable uniforme -debido a la exclusión de la materia del ámbito de aplicación del RRII- supone que cada Estado miembro aplicará su propia norma de conflicto para localizar el Derecho aplicable. Ante esta situación son obvios los argumentos a favor de una unificación de la norma de conflicto en esta materia: si es posible escoger el tribunal dónde litigar habrá que desincentivar el *forum shopping* y esto se consigue eliminando la existencia de soluciones de ley aplicable distintas. En caso contrario, la víctima escogerá siempre litigar en aquél Estado -entre los posibles- donde su norma de conflicto remita a un Derecho que le sea más beneficioso. Si dentro de la UE se unifica una norma de conflicto el resultado será el mismo -aplicación del mismo Derecho- con independencia del Estado miembro en el que se litigue.

27. La exclusión del ámbito material del RRII de las obligaciones derivadas de violaciones de los derechos de la personalidad, en especial de la difamación, tiene una gran relevancia práctica. La principal y más importante consecuencia es que cada

Estado miembro aplicará la ley que resulte de sus propias normas de DIPr. Esto puede conducir a potenciales soluciones contradictorias en atención al Derecho material que finalmente rijan el supuesto. Esta situación, llegado el caso, podría traducirse en problemas de reconocimiento de la decisión judicial fuera de la jurisdicción del tribunal de origen –incluso dentro del régimen común de reconocimiento del RBI-. Pero la situación se complica porque es muy habitual que las conductas de las que se derivan este tipo de obligaciones extracontractuales se desarrollen a través de medios de comunicación que se difunden en una pluralidad de Estados e incluso con alcance global si el medio es Internet. Esto supone que la necesidad de determinar la ley aplicable sea una cuestión muy frecuente y, además, no sencilla de responder, toda vez que pueden resultar aplicable más de un ordenamiento jurídico de manera simultánea al caso. Todo ello unido a las cuestiones interpretativas de los sistemas nacionales en esta materia, justifica la unificación de la cuestión en el marco de la UE.

28. No todos los supuestos en los que están afectados bienes referidos a la personalidad están excluidos del ámbito de aplicación del RRII. En particular, cuando se refiere a la tutela de la reputación profesional o comercial de un competidor o de sus productos la eventual demanda puede encajar dentro del ámbito de aplicación de este instrumento. Cuando se publica o difunde una información que potencialmente puede atacar contra la reputación profesional o comercial de un competidor directo dentro de un mercado en particular (siendo éste el supuesto típico) o en varios mercados, estos actos podrían calificarse de desleales –competencia desleal-. Y ante un supuesto de tales características, el perjudicado podría optar entre ejercitar una acción de difamación contra el causante del daño (el que atentó contra su reputación) o reconducir el supuesto por materia de competencia desleal. En ambos casos se trataría de un supuesto de responsabilidad extracontractual que el operador económico cuya reputación –o la de sus productos- presuntamente haya resultado dañada –con las consecuentes pérdidas económicas- podría exigir frente a quien haya cometido tales actos. Pero la elección entre una y otra acción por el perjudicado puede conducir a resultados diferentes con respecto a la determinación de la ley aplicable. Para el caso en el que el perjudicado optara por ejercitar una acción de tutela frente a los actos de competencia desleal y el tribunal del foro que conozca de la acción fuera un Estado miembro, en principio debería acudir a las reglas de conflicto del RRII para localizar el Derecho rector de esa obligación extracontractual. Mientras que si el perjudicado en su reputación opta por

litigar basando su pretensión en la reglamentación prevista para los supuestos de difamación al estar excluida la materia del RRII el tribunal deberá acudir a sus sistema nacional de DIPr para realizar tal operación.

29. La necesidad de una reglamentación común, al menos desde el punto de vista conflictual, se hace más evidente como consecuencia de la repercusión de las nuevas tecnologías. La existencia de Internet y su importancia actual reclaman una reglamentación uniforme de este ámbito de la responsabilidad extracontractual por sus implicaciones transnacionales. Internet se configura como entorno de actuación que carece de fronteras nacionales, en la que hay libertad de comunicación y a la que cualquiera puede acceder con una difusión global con coste prácticamente cero. Todas estas circunstancias determinan que los daños a los derechos de la personalidad en el medio virtual sean tanto cuantitativos como cualitativamente de gran importancia, y exigen una norma comunitaria sobre ley aplicable en el mismo sentido que se han proveído otros ámbitos internacionalmente típicos del Derecho de daños –daños medioambientales, concurrenciales o daños por productos, por ejemplo-.

Partiendo de lo complejo de la cuestión, la reglamentación conflictual uniforme que se demanda en este ámbito debe garantizar el equilibrio entre los intereses en juego: las libertades de comunicación en Europa y de los derechos de la personalidad. Lo que se trata es de realizar una ponderación adecuada de dos derechos igualmente importantes. Esta tarea aunque difícil no es imposible, más aun teniendo en consideración la existencia de alternativas como la solución que ya se recogió en el Anteproyecto de 2002 y la tramitación parlamentaria del proyecto del RRII, antes de que se decidiera por la exclusión de la materia del Reglamento en su versión definitiva.

30. No obstante la falta de armonización de la materia en el contexto comunitario es posible que algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual derivada de los daños a los derechos de la personalidad vengán reglamentado por normas de Derecho comunitario cuando intervienen los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Dentro del ámbito coordinado por la Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico opera obligatoriamente una regla que puede incidir en la concreción del Derecho aplicable en esta materia: el criterio del Estado de origen. Este criterio se configura como principio de aplicación obligatoria que se traduce en el

control de origen y en la prohibición de restricción de la libertad de prestación de servicios -recogidos en el art. 3 de la Directiva, cuando se trate de cuestiones que integren el ámbito coordinado. En cuanto a la naturaleza y alcance de esta disposición se ha tenido que pronunciar el TJUE en el *asunto eDate Advertising*. El Tribunal de Justicia resuelve que la transposición de esta Directiva no debe revestir la forma de norma específica de conflicto de leyes, pero, por lo que se refiere al ámbito coordinado, los Estados miembros deben garantizar que el prestador de un servicio de la sociedad de la información no esté sujeto a requisitos más estrictos que los previstos por el Derecho sustantivo en vigor en el Estado miembro de establecimiento de dicho prestador (salvo la excepciones permitidas por la propia Directiva).

La cuestión es saber qué es lo que cae dentro de ese ámbito coordinado en este tipo de demandas. No hay duda alguna en cuanto a la inclusión de que la eventual responsabilidad de los prestadores de servicios en este tipo de daños cae dentro del ámbito coordinado de la Directiva, con independencia de la causa que genere dicha responsabilidad -pues no incide en su aplicación la naturaleza del daño-; pero podría cuestionarse si la posible responsabilidad de cualquier otro interviniente en el medio virtual también queda afectada. Parece que la lógica permite concluir que el criterio de origen en un supuesto litigioso de esta naturaleza resultaría de aplicación para dirimir la posible responsabilidad del prestador de servicios de la sociedad de la información, pero no así para la concreción de la responsabilidad del usuario del servicio *online* por daños en los derechos de la personalidad de otro sujeto. En definitiva, la clave estaría en determinar quién es prestador de servicios de la sociedad de la información.

31. La intervención de prestadores de servicios de la sociedad de la información cuando el medio donde se produce el daño es Internet, puede plantear eventuales responsabilidades para estos prestadores. La naturaleza de esa responsabilidad dependerá del tipo de relación que medie entre el prestador y el perjudicado. En este sentido, si se trata de daños en los derechos de la personalidad del usuario del servicio como consecuencia del funcionamiento del servicio la posible responsabilidad será de carácter típicamente contractual y la ley aplicable a aquella será la concretada por el Reglamento Roma I si el tribunal que conoce es un Estado miembro. Si por el contrario el presunto perjudicado en sus derechos de la personalidad por los servicios no es usuario de estos, la responsabilidad en la que eventualmente pueda incurrir el prestador

de servicios será extracontractual, pudiéndose reconducir a un supuesto de tratamiento de datos personales (armonizado mediante diversas Directivas dentro del territorio de la UE).

32. El complejo panorama normativo de ley aplicable que presenta este tipo de litigios -en función de los sujetos, del contexto en el que se desarrolló la actividad lesiva y de la pretensiones de la víctima- determinar que la concreción del Derecho aplicable sea una cuestión fundamental. Pues en función de este ordenamiento el resultado del litigio puede variar en gran medida. Las cuestiones que se encuentran incluidas dentro del ámbito de la *lex delicti* -la ley aplicable a este tipo de obligaciones extracontractuales- son esenciales para el éxito de la acción. El Derecho material localizado por la norma de conflicto del tribunal del foro será la que determine quiénes puede reclamar la tutela de sus derechos -directa o indirectamente a través de la subrogación, si es posible y en qué casos-, frente a quién o quienes puede ejercitarse, cuando existe responsabilidad (presupuestos del daño y cuantificación del mismo), las posibles acciones y medidas que se pueden ejercitar por el perjudicado, las consecuencias para el responsable, las exenciones que el presunto responsable puede alegar para eliminar esa responsabilidad, y los plazos para el ejercicio de las acciones de tutela (y la naturaleza de esos plazos: de caducidad o prescripción). Todo ello sin perjuicio de que puedan existir ciertos problemas de delimitación entre cuestiones de fondo o procesales que supongan la aplicación de la ley procesal del foro en vez del ordenamiento jurídico localizado por la norma de conflicto. En particular, los plazos de prescripción y caducidad de las acciones podrían plantear problemas fuera del ámbito del RRII. Pues el art. 15 del Reglamento establece como una de las cuestiones incluidas en el ámbito de la *lex delicti* la caducidad y otros modos de extinción, y en el mismo sentido el art. 10.10 CC para el caso español; pero fuera de estos casos es posible que la norma de conflicto de fuente interna no aclare este -u otros extremos- por lo que el alcance del Derecho aplicable también puede variar en función del foro -y, en consecuencia, el resultado del litigio-.

33. Hasta que se produzca finalmente la unificación conflictual deseada -a través de la incorporación de la materia en el RRII-, la única opción con la que cuenta España para determinar el Derecho aplicable -cuando sus tribunales sean los que conozcan de este tipo de demandas-, es la regla contenida en el art. 10.9 CC. La generalidad de este

precepto –para todas las materias de responsabilidad extracontractual-, y el consecuente criterio de conexión elegido –el tradicional *loci delicti* sin ninguna precisión adicional-, permite afirmar que la solución recogida no resultaría adecuada para estos casos, más aun cuando sea Internet el medio utilizado para la intromisión. Lo inadecuado de la solución queda de manifiesto por los numerosos problemas de interpretación que el criterio lugar del daño genera para la aplicación de esta regla. Especialmente en el contexto de los daños a distancia y plurilocalizados (como son típicamente las lesiones a estos derechos de la personalidad por publicación de contenidos controvertidos a través de medios de difusión multiestatales). El texto del artículo permite interpretar su punto de conexión tanto referido al lugar de origen del daño como al de resultado dañoso, por lo que el margen de apreciación para el tribunal es muy amplio y genera inseguridad dentro del propio sistema nacional. En cualquier caso, ha de tenerse en consideración que en el ámbito de la competencia judicial internacional, el RBI, de obligada aplicación para los tribunales españoles, recurre a este mismo criterio como fuero (art. 5.3), de forma que, para mantener la coherencia del sistema, resultaría razonable esperar que la interpretación del art. 10.9 CC atendiera a la jurisprudencia del TJUE en torno a la aplicación del mencionado fuero.

Si bien no faltan voces que reclaman la aplicación del art. 10.9 CC en sintonía con el RRII, lo que se traduciría en la aplicación de la ley del lugar de resultado con independencia de dónde se originó el hecho causal. Pero si se parte de esta aproximación parece que existiera una falta de coherencia a la hora de reglamentar la competencia por un lado y el Derecho aplicable por otro –que debería coordinarse dentro del territorio comunitario-. La distinción establecida por el TJUE en el asunto *Shevill* -ratificada y adaptada al medio virtual posteriormente en el asunto *eDate Advertising*-, entre el *locus damni* y *locus delicti*, consagrando distintos grados de competencia en uno y otro caso, tiene por objeto reconocer que es precisamente esta circunstancia (ser el lugar donde se llevó a cabo el hecho causal del que se derivan todos los posteriores posibles daños) la que habilita a los tribunales de ese Estado conocer de la totalidad de los daños -en una única acción-. Con ello se evitan los costes que supone litigar en cada país donde se haya producido daño reclamando respectivamente el daño sufrido en su territorio. Este objetivo queda vacío -o sin efecto- en el momento que aun habiendo elegido el lugar del acto causal se le obliga a ese tribunal a fragmentar, respecto de cada uno de los daños sufridos, la ley aplicable al fondo. De tal forma que

para la parte perjudicada el ejercicio de la acción para la protección de sus intereses se ve potencialmente encarecido en la medida que sea más o menos un sujeto conocido y la información lesiva haya tenido más o menos difusión. Ante este panorama resultaría más lógico -y razonable- que el tribunal al que se le reconoce competencia judicial internacional para conocer de la totalidad de los daños sufridos (con independencia de donde se produce la materialización de los mismos) por ser el lugar de origen, en el mismo sentido –por esa misma *ratio*- se le permita la aplicación de la *lex delicti*, es decir, la ley del foro, evitándose de esta forma la multiplicidad de leyes de aplicación.

34. Los problemas interpretativos –y consecuentes inseguridades jurídicas- que la utilización del criterio de ley aplicable “lugar del daño” genera en los supuestos de ilícitos a distancia –típicos en este tipo de demandas- y en particular en el contexto virtual, no son exclusivos del sistema español, sino que son comunes para todos aquellos sistemas de DIPr. que han optado por este tipo de aproximación para localizar la ley aplicable al estatuto delictual. La distinta práctica jurisprudencial nacional da muestra de ello –dentro y fuera de la UE-. En este sentido, puede referirse a modo de ejemplo la sentencia dictada por el TS canadiense en el asunto *Gutnick*. El alto tribunal concretó que el lugar donde el daño es cometido -en supuestos de difamación en Internet - es donde el material difamante es descargado (*downloaded*) en el ordenador de una persona –en vez del lugar donde el material lesivo es colgado-. Esta tesis plantea no pocos problemas prácticos a la hora de determinar por el foro el Derecho aplicable al litigio, por la pluralidad de Estados desde los que puede descargarse ese contenido difamante –potencialmente desde cualquier país del mundo-, sin que se exija ningún otro requisito de conexión del litigio con el ordenamiento jurídico del lugar de descarga (lo que recuerda, en parte, al criterio elegido por el TJUE en *eDtae Advertising* para concretar el lugar del daño en el medio virtual: la accesibilidad).

35. En este tipo de litigios el orden público internacional y ciertas normas comunitarias imperativas pueden potencialmente aparecer y matizar el normal funcionamiento de la norma de conflicto. En lo que respecta al posible recurso al orden público internacional por el tribunal del foro para impedir la aplicación del Derecho material extranjero localizado por su norma de conflicto –y sustituirlo por la *lex fori* o el estándar mínimo internacional y/o comunitario) este debe resultar justificado. Las meras divergencias entre los Derechos materiales no son determinantes para que opere el

orden público, ya que éste es un recurso de carácter excepcional -pues es una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto-. En este sentido, ha de interpretarse de manera restrictiva, de tal forma que sólo podrá impedirse la aplicación del Derecho material extranjero cuando sea absolutamente incompatible con los principios y valores esenciales del ordenamiento jurídico del foro.

Todos los Estados miembros coinciden en la incorporación de la excepción del orden público en sus ordenamientos jurídicos internos (como así lo recoge el art. 12.3 Cc en el sistema español). Los ámbitos en los que el orden público puede manifestarse en relación con estas demandas pueden concretarse en dos: a) en relación con su reconocimiento y garantía como derechos fundamentales -derivada del tratamiento constitucional de estos derechos y de las libertades fundamentales con las que entran en conflicto- y b) el tratamiento jurídico de la responsabilidad extracontractual derivada del ilícito, con especial referencia a la proporcionalidad de los importes de la sanción (de nuevo, los daños punitivos), como por ejemplo ocurre en el sistema estonio (art. 52 de la Ley de Derecho internacional privado de 2002) en el que se impide la aplicación de un Derecho extranjero que lleve a los tribunales nacionales a ordenar compensaciones económicas significativamente mayores de las previstas para daños similares en el Derecho del foro, y en términos similares el ordenamiento alemán (art. 40.3 de la EGBGB).

36. Al margen de la posible intervención de la normativa imperativa -nacional e internacional- en materia de la protección de los derechos fundamentales en pugna en estos casos (a través del recurso al orden público internacional), pueden alzarse ciertas normas comunitarias igualmente imperativas cuando las circunstancias del caso encajen dentro de su ámbito de aplicación (con independencia de la ley que vaya a regir el fondo del asunto en función de la norma de conflicto aplicable). En particular, cuando la intromisión ilegítima en el derecho de la personalidad de que se trate se derive de actividades desarrolladas en Internet, dos sectores normativos específicos dentro del Derecho comunitario podrían ponerse en funcionamiento: 1º) la posible incidencia de la normativa comunitaria en materia de contratos de consumo a los contratos de servicios prestados por las redes sociales y 2º) la eventual aplicación de la normativa europea en materia de tratamiento de datos personales (como responsabilidad extracontractual).

Si el litigio se sigue ante un tribunal de un Estado UE, con independencia del Derecho que vaya a regular la relación entre las partes, finalmente se aplicará el sistema comunitario por su carácter imperativo (si cae dentro de su ámbito de aplicación). Si resultara de aplicación la normativa comunitaria en materia de tratamiento de datos personales, esto se traduciría en una serie de obligaciones para los prestadores de servicios de la sociedad de la información para la recogida y el procesamiento de datos personales -que dependerán de la función que el prestador en particular desarrolle en la sociedad de la información-. El elemento clave para determinar si resulta o no de aplicación esta normativa es que la actividad se desarrolle dentro de la UE, de tal manera que si no afecta al mercado interior su aplicación no estaría justificada. En este sentido, el lugar de establecimiento del prestador de servicios de la sociedad de la información de que se trate es irrelevante -aunque por lo general estarán localizados fuera de la UE-, sino que lo relevante es que la actividad esté dirigida al Espacio Europeo, a alguno de los países de la UE.

V

37. Para los litigios que surjan en este ámbito existe en la UE una inseguridad jurídica derivada del complejo panorama normativo, pues concurren necesariamente normas de DIPr. comunitarias uniformes con sistemas nacionales de DIPr., en particular en lo que respecta a la reglamentación del sector de Derecho aplicable -debido a la ausencia de una regla uniforme que ofrezca una solución homogénea dentro del espacio europeo-. La consecuencia principal de esta omisión es la coexistencia de los distintos ordenamientos nacionales de los Estados comunitarios, con sus distintas soluciones – reglas especiales o remisiones a las normas generales previstas para el derecho de daños o de responsabilidad civil extracontractual-, utilizando técnicas legislativas dispares. Todo ello, se traduce en la práctica en una gran inseguridad jurídica que reclama soluciones claras y razonables para evitar procedimientos inciertos que hagan depender el resultado del litigio del tribunal conocedor del mismo. Además, en la era de las comunicaciones la difamación internacional –o lesiones a la intimidad- aparece como un peligro real, y el uso de Internet para cometer el ilícito tiene un indudable impacto en el ámbito del Derecho aplicable. La distribución global e inmediata de materiales en Internet supone que el editor va estar sujeto a una multiplicidad de sistemas jurídicos locales, regionales, estatales e internacionales. A esto ha de añadirse la ausencia de un

marco regulador global de las actividades de información que los medios de comunicación realizan en Internet, unida a la variedad de normas de DIPr. previstas por los Estados, lo que conduce a una fragmentación normativa que puede resultar potencialmente contradictoria, pues aquello que puede estar prohibido en un Estado puede, al mismo tiempo, estar permitido en otro -más aun en lo que se refiere a los supuestos de difamación, donde en algunos países está criminalizado y en otros sólo reservado a la vía civil-.

Ante esta situación, las instituciones europeas deben intervenir, y en este sentido continuar con el proceso de armonización legislativa iniciado en el sector de la responsabilidad civil extracontractual. Son varias las posibilidades a través de las cuales puede alcanzarse tal armonización: desde una perspectiva material o conflictual, e incluso cumulativa de ambas técnicas. Ahora bien, parece que las instituciones optan por la aproximación conflictual, tal y como muestra la reciente iniciativa parlamentaria para la revisión del RRII con el objeto de incluir esta materia en su ámbito de aplicación.

38. Entre las distintas perspectivas de evolución que pueden plantearse puede referirse la armonización material. Es evidente la dificultad que supone consagrar en el ámbito comunitario una regla de conflicto que logre el consenso necesario y equilibre los intereses en juego en esta materia (de los titulares de los derechos de la personalidad y de los medios de comunicación, fundamentalmente), y aunque también resultaría difícil –incluso aun más– conseguir el consenso necesario, otra posibilidad podría ser intentar acabar con los problemas inherentes a la diversidad existente en el tratamiento sustantivo de la materia entre los Estados miembros mediante la armonización por el establecimiento de unos principios comunes mínimos. Si todos los ordenamientos nacionales proporcionan un nivel satisfactorio de protección a la víctima de violaciones de derechos de personalidad, no le resultaría tan atractivo al autor del daño buscar intencionadamente el sistema jurídico nacional (entre los Estados miembros) que le resulte más beneficioso, porque todos ellos compartirían unos mínimos esenciales materiales al haberse adherido a esos principios establecidos a nivel comunitario. En este sentido, la unificación de normas de solución de ley aplicable no se consideraría como una opción alternativa a la armonización material de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, sino como una opción adicional.

Posiblemente la solución más satisfactoria para asegurar un nivel mínimo de concordancia entre los sistemas jurídicos sería buscar la combinación apropiada entre mecanismos para la unificación conflictual y una cierta armonización de mínimos de carácter material. El éxito de la unificación de la reglas de conflicto en el ámbito de la UE en esta materia dependerá, en gran medida, de la armonización sustantiva entre los Estados y de una mayor proximidad de los principios generales de los ordenamientos nacionales. En este sentido, parecería aconsejable que en las materias no contractuales se coordinara la unificación conflictual con iniciativas sobre armonización parcial sustantiva. Así es, únicamente si existiera una armonización de principios o de Derecho sustantivo podría justificarse la utilización de criterios de conexión conflictual tales como el del Estado de origen -en lugar del Estado de destino- como regla general en los litigios sobre obligaciones extracontractuales (tal y como reclama el sector de los medios de comunicación en esta materia).

39. Para la eventual armonización sustantiva de la responsabilidad extracontractual derivada de los daños a los derechos de la personalidad habría que distinguir entre dos cuestiones esenciales: a) su consideración como derechos fundamentales y su necesaria coordinación con las libertades fundamentales de expresión y prensa; y b) las consecuencias económicas que para el presunto responsable podrían suponer la violación de estos derechos –lo que puede venir condicionado por las funciones que se reconozcan a la responsabilidad extracontractual en cada Estado, así como por los conceptos por los que se puede reclamar-.

Con la primera de las cuestiones se trataría de establecer un alcance común de la tutela y garantías de los derechos de la personalidad frente a posibles ataques por medios de comunicación –es decir, de la relación entre estos derechos- y una solución común de posibles conflictos de intereses, de manera que se tutelen debidamente también esas libertades. Habría que establecer unos estándares mínimos que permitirían a la víctima –y, al mismo tiempo al potencial responsable- conocer qué comportamientos están o no tutelados por la libertad de expresión e información y, en consecuencia si puede o no reclamar judicialmente las medidas necesarias para proteger su derecho lesionado –restituirlo y/o repararlo-. Para establecer unas medidas comunes para todo el territorio comunitario frente a este tipo de violaciones de manera

consensuada, deberían consagrarse aquellas medidas que se reglamenten en la mayoría de las legislaciones nacionales de los Estados miembros, como es el caso de las medidas económicas/indemnización, el derecho de respuesta o réplica y las medidas de prevención y cese. Cuestión distinta sería la concreción del importe o cuantía de la indemnización que a la persona perjudicada pudiera reconocerse, pues este elemento formaría parte de la segunda de las cuestiones –consecuencias económicas para el responsable del daño-. Y es precisamente en esta cuestión donde existen en la actualidad mayores divergencias entre los Estados y donde puede tener un papel importante la *lex fori* en detrimento del Derecho extranjero aplicable según la norma de conflicto autónoma –al margen o más allá de la cláusula general del orden público-.

Esta distinción es necesaria en tanto que las vías por las que se pueden optar para conseguir la armonización sustantiva común que se busca en cada una de ellas es distinta. En este sentido, una aproximación que podría resultar adecuada para armonizar el sector relativo a las cuantías indemnizatorias podría encontrarse en los ya existentes trabajos de armonización europea en el sector de responsabilidad extracontractual (como son los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil del *European Group on Tort Law* y las reglas de responsabilidad extracontractual del Marco Común de Referencia). La primera de las cuestiones –relativa al alcance, contenido y medidas de protección de los derechos fundamentales en conflicto- a pesar de la existencia de instrumentos internacionales comunes entre los Estados miembros que han aproximado las legislaciones nacionales en este sentido (CEDH y CDFUE) no son suficientes para cumplir con este objetivo. Como consecuencia, y dada la más que evidentes dificultades que existen actualmente para conseguir –a corto o medio plazo- un Derecho europeo de responsabilidad civil extracontractual que incluya los daños producidos a los derechos de la personalidad, una posible opción que pudiera satisfacer los intereses de todas partes en conflicto podría consistir en utilizar complementariamente la técnica conflictual –unificando una norma de ley aplicable para toda la UE en esta materia que sea garantista de los intereses de los medios de comunicación: Estado de origen- con cierta armonización sustantiva de mínimos, lo suficientemente protectora de los intereses de los titulares de los derechos de la personalidad. En este sentido, La Directiva es el mejor instrumento comunitario para poder conseguir esa armonización de mínimos (en términos similares a cómo hace la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos personales, donde en su artículo 4 incorpora precisamente el criterio del Estado

de origen).

40. Otro de los métodos posibles para conseguir la armonización de la materia a nivel comunitario es la unificación de normas de conflicto. Esta es la que parece la opción por la que se ha optado: la unificación de la regla de conflicto –al menos teniendo en consideración la iniciativa del Parlamento europeo presentada en octubre de 2011 para la revisión del RRII-. Habrá que dilucidar cuál/es son los criterios de conexión que pueden resultar más adecuados. Ha de buscarse una solución neutral que sea capaz de conseguir el equilibrio entre los intereses en juego y que consiga el necesario consenso. En definitiva, es necesario asegurar el equilibrio y la igualdad entre las partes, el pleno conocimiento de las reglas de funcionamiento del mercado, y un nivel alto de previsibilidad de los costes y ventajas del ejercicio de la acción judicial. Pues sólo bajo estas condiciones la unificación de reglas de conflicto podría ser considerada como un instrumento válido para armonización.

En particular, las normas de conflicto deben diseñarse para conseguir dos objetivos fundamentales. Por un lado, favorecer la previsibilidad y la seguridad jurídica para las partes y, en segundo lugar, la aplicación de la ley de la jurisdicción que se encuentre más estrechamente vinculada al supuesto. En consecuencia, no debería aplicarse ningún ordenamiento nacional que careciera de conexión substantiva con las circunstancias del caso –lo que tiene especial relevancia cuando el medio utilizado para cometer la intromisión ilegítima del derecho sea Internet-.

41. Si finalmente se aplica el RRII a esta materia, este instrumento será el que determine Derecho aplicable a todas las demandas por difamación -y en general, a los atentados a los bienes de la personalidad- que conozcan los tribunales de los Estados miembros, aunque la competencia judicial internacional continuará siendo reconocida en favor de cualquier país donde el contenido sea accesible (*eDate Advertising*). En este sentido, el RRII presenta una oportunidad para se adopte un estándar más claro y justo de cómo abordar demandas por difamación frente a editores extranjeros en el contexto virtual desde el punto de vista del Derecho aplicable. En este sentido, si no se quiere renunciar a la utilización de la regla clásica –lugar del daño-, como parece, ésta debería acompañarse de otras reglas supletorias o subsidiarias lo suficientemente flexibles para poder abarcar eficazmente todas las posibles situaciones que puedan darse en la práctica

cumpléndose con los objetivos propuestos (armonía de resultados y proximidad del ordenamiento aplicable con el supuesto). Además, no puede olvidarse los potenciales conflictos de jurisdicción y de leyes que pueden producirse entre Estados miembros y terceros países cuando el litigio cae dentro del ámbito de aplicación del RBI y RRII, y se utilizan criterios de atribución –de competencia jurisdiccional o de competencia legislativa- distintos para la misma materia o que pueden interpretarse de distinta forma –de manera conflictiva- como es el caso del concepto *loci delicti commissi* y *loci damni*.

42. La reciente iniciativa de revisión del Reglamento Roma II, presentada mediante la Propuesta del Parlamento Europeo de noviembre de 2011 con el objeto de incorporar esta materia, muestra ciertas novedades respecto de los anteriores intentos que en principio parece que no van a causar problemas. En primer lugar, puede destacarse la previsión de una cláusula de “escape” para los posibles responsables en estos litigios. Con ella se permite aplicar a sus potenciales responsabilidades el ordenamiento jurídico de su residencia habitual, para el caso de que no pudiera prever razonablemente que fueran a producirse consecuencias –sustanciales y directas- de sus actos en el Estado/s designado por el párrafo primero (*“the country in which the rights of the person seeking compensation for damage are, or are likely to be, directly and substantially affected”*, es decir, el lugar del daño). Se ha limitado a copiar –adaptada- una previsión ya presente en el RRII cuando la responsabilidad extracontractual se deriva de daños causados por productos defectuosos –la denominada cláusula de comercialización del art. 5.1 II-. Como segundo elemento novedoso, que en principio no plantearía problemas, es el reconocimiento expreso de la autonomía conflictual de las partes para poder concretar el Derecho aplicable que va a regir su relación –extracontractual-. Con esta previsión se cumple con los requisitos de previsibilidad para ambas partes y se garantiza el equilibrio entre ellas en el procedimiento.

43. La previsión como regla de base del lugar de resultado del daño como criterio de conexión no parece lo más adecuado –en especial en supuestos de difamación o atentados contra los derechos de la personalidad en la red de sujetos conocidos en más de un Estado-. Lo más razonable sería que la norma de conflicto determinara la aplicación de un único ordenamiento jurídico –para evitar fraccionamientos en el foro-, más aun cuando la competencia del tribunal que conoce fuese ilimitada –para resolver sobre la generalidad de los daños sufridos en todos los

territorios-, bien por ser el domicilio del demandado (art. 2 RBI), bien por ser el lugar de origen del daño (es decir, el del establecimiento del editor a la luz del art. 5.3 RBI –según doctrina *Shevill*- o establecimiento del emisor de contenidos –según doctrina *eDate advertising*-). En este sentido, aunque la propuesta contiene una previsión al respecto (apartado 2º: “*When the rights of the person seeking compensation for damage are, or are likely to be, affected in more than one country, and that person sues in the court of the domicile of the defendant, the claimant may instead choose to base his or her claim on the law of the court seised.*”), esta resulta insuficiente. No resuelve sobre todos los posibles supuestos –en particular, aquellos en los que se haya utilizado Internet para la difusión del contenido lesivo-. Se prevé una única opción posible –la aplicación de la ley del foro a elección del demandante- cuando la demanda se presente en el Estado del domicilio del demandado –sin perjuicio de la aplicación del art. 4.2º y 3º-. Pero, ¿qué ocurrirá en aquellos casos en los que la víctima ejercite su acción de tutela para sus derechos de la personalidad –que han sido directa y sustancialmente afectados en varios Estados miembros- reclamando por la totalidad de los daños sufridos ante los tribunales del lugar de establecimiento del emisor de los contenidos –cuando no coincida éste con el domicilio del demandado-? No hay respuesta. Y se estará ante el mismo problema –por esa falta de previsión- cuando también por la totalidad de los daños causados, la víctima opte por litigar ante el Estado miembro en el que se encuentra su centro de intereses –que generalmente coincidir con su residencia habitual-. Esta falta de previsión resulta, al menos, sorprendente, ya que puede considerarse que esta iniciativa Parlamentaria trae causa directa de la última sentencia del TJUE en la materia, asunto *eDate advertising*.

En conclusión, la regla de ley aplicable propuesta parece que en la práctica plantearía más de un problema –derivados, fundamentalmente, de la aplicación del RBI -. El RRII necesariamente debe interactuar con el RBI en aquellas materias comunes que caen dentro de sus respectivos ámbitos de aplicación –como sería el caso-, lo que para los Estados miembros podría suponer más de un problema práctico a la hora de coordinar esta regla de ley aplicable con la doctrina vigente sobre RBI –*Shevill* y *eDate advertising*-. En particular, cuando el litigio caiga dentro del ámbito de aplicación de ambos Reglamentos y la víctima no opte por litigar en el lugar del daño, y éste se manifieste simultáneamente con igual intensidad –o igualmente sustancial, para seguir el tenor literal de la norma- en varios Estados.

44. Otro elemento importante que ha de referirse, es que en el apartado 3º del artículo propuesto se prevé una regla específica para los casos en que la víctima ejerce otros mecanismos de tutela especiales previstos por la generalidad de ordenamientos jurídicos nacionales, esto es el derecho de réplica o de respuesta –y otras medidas equivalentes-, al que se aplicaría la ley de residencia habitual del editor –en caso de prensa escrita- u organismo de radiodifusión. Se echa en falta mención específica para los casos en los que el medio de comunicación sea Internet. Se entiende que podría aplicarse la regla *mutatis mutandi*, si bien, esto puede que no resulte tan sencillo –cuando no se trate de la versión digital del medio de comunicación-. En la mayoría de los supuestos no puede hablarse propiamente de editor, ya que salvo excepciones en los que el prestador de servicios de la sociedad de la información en cuestión pudiera realizar un control efectivo sobre los contenidos –decidir sobre ellos-, en los casos de difamaciones en la red por contenidos colgados por particulares, los únicos editores son los propios particulares.

45. Debido a los más que posibles problemas prácticos que la aplicación de la norma de conflicto propuesta puede generar en este contexto es posible plantear ciertas propuestas alternativas de regla de conflicto más adecuadas. Para la configuración de una regla de ley aplicable más idónea ha de referirse otros posibles criterios de conexión distintos al lugar del daño. Las posibilidades que se barajan por los sistemas nacionales de DIPr son muy variadas –dentro y fuera del la UE-. Entre ellas se encuentra la aplicación de la *lex fori* a estos supuestos –lo que no resulta del todo satisfactorio-. Pues posible concluir que la aplicación del Derecho del foro como criterio único –o complementario- de conexión en este tipo de litigios no resulta conveniente, ya que se cuentan con otros medios más adecuados que cumplen con esta función (orden público internacional). No obstante, esta particular aproximación puede verse –al menos en lo que respecta a ciertas cuestiones de la causa- en algún sistema de DIPr autónomo como el húngaro, que si bien la norma de conflicto general aplicable a las obligaciones extracontractuales es la del lugar y de momento de la infracción, si se verifica que la ley del foro (el Derecho húngaro) resulta más favorable para el perjudicado en lo que se refiere a la reparación o indemnización que le corresponde por el daño sufrido, será aplicable esta última.

46. Una segunda alternativa – la aplicación acumulativa de la *lex fori* y la *lex delicti*– se deriva de la jurisprudencia anglosajona. Fundamentalmente trae causa del doble *test* o control que todavía está vigente en el sistema inglés en materia de difamación: la *double actionability rule*. Pero la regla que conjuga acumulativamente la ley del foro y la ley del lugar del daño –lugar de difusión de los contenidos difamantes– no parece que resulte adecuada para conseguir la unificación conflictual que se busca en la materia. De tal manera que, la sola tentativa duradera dirigida a hacer sitio a *lex fori* junto a la *lex delicti*, o incluso de reemplazar ésta por la primera, queda razonablemente descartada, lo que no significa que no pueda darse en la práctica esta precisa acumulación de ordenamientos jurídicos aplicables a través del recurso al orden público.

47. La tercera de las alternativas que se barajan es la aplicación de la denominada *proper law of a tort*. Esta aproximación parte del hecho de que la ley del lugar del daño no siempre es la más apropiada para resolver sobre todos los supuestos de responsabilidad extracontractual, pues es posible que haya otro ordenamiento en presencia más próximo al caso y, en consecuencia, más apropiado. Esta es la regla de base en el Derecho de daños de EEUU (la *sección 6* de la *Second Conflicts Restatements*, recoge una provisión que determina que la ley aplicable tendría que ser aquella con la que el supuesto presente la mayor conexión). Ahora bien, desde la perspectiva europea la generalidad de Estados – incluso en el sistema inglés– han descartado esta aproximación fundamentalmente por la inseguridad jurídica que ésta regla ocasiona para las partes (lo más aproximado es la provisión de cláusulas de escape que permitan la aplicación del ordenamiento con el que el supuesto presenta los vínculos más estrechos, por ejemplo, el art. 30.2 de la Ley de Derecho internacional privado de 2002 de Eslovenia). De tal manera que no parece que sea adecuada esta aproximación para unificarla como norma de conflicto a nivel comunitario.

48. La cuarta de las posibilidades consiste en permitir que la voluntad de las partes concrete el Derecho aplicable que va a regir su relación. Esta solución, que es el criterio fundamental en el DIPR contractual, constituye la solución más interesante de las hasta ahora referidas–aunque en la práctica no tenga mucho protagonismo. Muchos son los sistemas nacionales que prevén este criterio, ahora bien, de una manera muy diversa (sin límites, exclusivamente al Derecho del foro, como primer criterio, de carácter subsidiario, etc.). Visto el tratamiento tan desigual que este criterio de conexión

presenta en los sistemas DIPr de fuente interna, y dadas las evidentes ventajas que esta norma supone para las partes –igualdad de condiciones y previsibilidad- parece recomendable que existiera una norma comunitaria que reglamentara de manera común esta cuestión para todos los Estados miembros. La virtualidad de este criterio de conexión está reconocido en el RRII en su artículo 14 para todas las materias extracontractuales salvo algunas concretas, permitiendo desplazar con ella tanto a la norma general como a las especiales (a salvo las excepciones recogidas en el propio reglamento). Y esta tendencia parece que es la que se sigue con la propuesta de revisión de RRII para esta materia.

Partiendo de que en la generalidad de sistemas de DIPr nacionales se recurre de manera generalizada al criterio del *locus delicti commissi* en materia de obligaciones extracontractuales – utilizando distintas expresiones y terminología-, y parece que es la opción por la que se opta en la revisión RRII, podría plantearse la adecuación de este criterio a esta materia en particular como otra posibilidad para conseguir la unificación conflictual deseada. Ya que el *locus delicti* puede concretarse tanto en el lugar de origen como en el lugar/es de resultado, se trataría de localizar el lugar del daño únicamente allí donde éste se manifieste –eliminando el lugar de origen-, es decir la aplicación de la ley del lugar de destino de la comunicación lesiva (donde se difunde el contenido lesivo y concurre el interés que se lesiona, que generalmente coincidirá con el de residencia o domicilio del perjudicado). Esto no excluye la posibilidad de que esta opción será complementada por alguna cláusula de excepción, aplicable en aquellos casos en los que otra ley presente vínculos más estrechos con el caso. Entre las ventajas con las que cuenta el criterio del lugar del daño, puede destacarse que generalmente va a coincidir con la residencia de la víctima. En cualquier caso, vuelve a plantear los problemas de coordinación con los fueros de competencia universal del sistema RBI ya referidos.

49. La última de las opciones que pueden plantearse como criterio de conexión para los litigios transfronterizos por daños a los derechos de la personalidad es la aplicación de la ley de residencia habitual de la víctima. Esta aproximación resulta muy interesante cuando se trata de daños múltiples plurilocalizados -y por ello se considera la más adecuada para este tipo de litigios-. Esto permitiría encontrar un ordenamiento jurídico que se aplicaría a la totalidad litigio, a todos los daños -con independencia de los países donde se manifestaron-, si se opta por litigar en foros con competencia

universal, e incluso eventualmente sería adecuado para aquellos supuestos en los que se litigue en el lugar del daño (donde se difundió el contenido y el sujeto es conocido) cuando el titular del derecho es una particular sin relevancia internacional más allá de su centro de vida. De tal manera que generalmente coincide con el *locus damni*- sin perjuicio que puede haber otros lugares del daño no excluidos-. Pero además, este criterio cumple con las exigencias de previsibilidad para todas las partes –en principio-. Esta posibilidad además conlleva la ventaja adicional de la correlación ley aplicable-tribunal competente. Desde el punto de vista de los intereses en juego, la aplicación de la ley del lugar de residencia de la víctima puede conducir a una solución de ley equilibrada para las partes. Así, para el actor –la víctima- supondría renunciar a la aplicación de otro ordenamiento jurídico que le pudiera resultar más favorable, y para el presunto responsable de la difamación o de cualquier otra lesión de los derechos de la personalidad, por su parte, le correspondería asumir el coste de “internacionalidad” de la causa. En definitiva, si se concreta el lugar de residencia habitual de la víctima como regla general de ley aplicable -y no como una regla especial- esto conduciría a una simplificación del funcionamiento de la norma, si bien debería de completarse con la previsión expresa de una cláusula de escape –fundamentada en los vínculos más estrechos- precisamente para aquellos supuestos en los que la residencia de la víctima no presente un nexo suficientemente estrecho con el supuesto, e incluso se podría conjugar con la propuesta anterior, esto es, que las partes pudieran elegir el Derecho aplicable, y en su defecto que apareciera el criterio de la residencia habitual.

50. En conclusión, parece que la opción que pudiera resultar más adecuada para cumplir con el objetivo que se busca de previsibilidad para las partes y equilibrio de intereses en presencia en este tipo de litigios dentro de la UE, sería la consagración como norma de conflicto uniforme la resultante de la conjugación de los dos últimos criterios de conexión expuestos. Esto es, establecer como primer y preferente punto de conexión la autonomía conflictual de las partes para determinar el ordenamiento jurídico que vaya a regir su relación extracontractual y, adicionalmente, a falta de elección del Derecho aplicable, establecer el criterio de residencia habitual de la víctima incluyendo una cláusula de escape que permitiera cubrir aquellos supuestos en los que el Estado de residencia habitual de la víctima no fuera el más cercano con el supuesto (fundamentado en los vínculos más estrechos).

BIBLIOGRAFÍA

Abarca Junco, P.: “Competencia judicial internacional en materia de difamación por artículos de prensa. A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de marzo de 1995 (Fiona Shevill y otros C/Presse Alliance, S.A.), *Gaceta Jurídica de la CE*, B-113, Mayo 1996, pp. 5-15.

- “El derecho a la intimidad en el DIPr español”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 1992, nº 2, pp. 7-28.

- “Las obligaciones extracontractuales”, en P. Abarca Junco (dir), *Derecho internacional privado*, vol. II, 1ª ed., UNED, Madrid, 2010, pp. 341-358.

Abrams, F.: “Foreign law and The First Amendment”, *The Wall Street Journal*, 30 de Abril de 2008, p. A15.

Adam Davis, P.: “The Defamation of Choice of Law in Cyberspace: Countering the View that the Restatement (Second) of Conflict of Laws is Inadequate to Navigate the Borderless Reaches of the Intangible Frontier”, *Fed. Comm. L. J.*, 2001-2002 (54), pp. 339-363.

Adán Doménech, F.: “Soluciones a la falta de prueba en el Derecho extranjero”, *Justicia: revista de derecho procesal*, Nº 1-2, 2011 (Ejemplar Homenaje a la profesora doctora Mª del Carmen Calvo Sánchez), pp. 75-96.

Ahern J., Binchy, W. (eds.): *The Rome II regulation on the law applicable to non-contractual obligations: A New International Litigation Regime*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2009.

Agre P. E. y Rotenberg, M. (eds.): *Technology and Privacy. The New Landscape*, MIT Press, Cambridge (Massachusetts), 1998.

Akehurst, M.: “Jurisdiction in International Law”, *British Year Book of International Law*, 1973, vol. 46, pp. 145-258.

Albeggiani, F.: *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Ed. Giuffrè, Milán, 1995.

Alegre Martínez, M. A.: *El derecho a la propia imagen*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.

Altman, S.: “(Com)modifying Experience”, *S. Cal. L. Rev.*, vol. 65, 1991, pp. 293-340.

Alzaga Villaamil, O. (dir.): *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1981.

Alfaro Aguila-Real, J.: “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *ADC*, 1993-1, pp. 57-122.

Alonso Álamo, M.: “Aproximación al bien jurídico protegido en los delitos contra el honor”, en G.Quintero Olivares, F. Morales Prats (coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, pp. 914-917.

Alonso García, R.: “Las cláusulas horizontales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en E. García de Enterría (Dir.) y R. Alonso García (subdirector): *la encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 151-181.
- “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n.º. 209, 2000, pp. 3-17.

Alonso García, R. y Sarmiento, D.: *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*; 1ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2006.

Álvarez González, S.: “Comercio Electrónico: competencia judicial internacional y ley aplicable”, en J. A. Gómez Segade (Dir.), *Comercio Electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 419-448.

Álvarez Rodríguez, I.: “El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional más reciente”, *Revista Foro (Facultad Derecho UCM)*, Madrid, 2012, (en prensa).

Álvarez Rubio, J. J. (director): *Difamación y protección de los derechos de la personalidad: ley aplicable en Europa*, Publicación Cizur Menor, Navarra, 2009.
- “Delitos civiles contra el honor en la UE”, en *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la unión europea en materia de cooperación civil*, Homenaje al Profesor Dr. Ramón Viñas, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 289-304.

The American Law Institute, Restatement (Third) of the Law of Torts - Products Liability, American Law Institute Publishers, St. Paul, Minnesota, 1998.

The American Law Institute, Restatement (Third) of the Law of Torts - Apportionment of Liability, American Law Institute Publishers, St. Paul, Minnesota, 2000, §§ 1-End.

The American Law Institute, Restatement (Third) of Law of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, Vol. 1, , American Law Institute Publishers, St. Paul, Minnesota 2010, §§ 1- 36.

Amores Conradi, M.: “Art. 10.9º”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, (Dir. J. Albaladejo/S. Díaz Alabart), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 127-130.

- “Art. 10.9”, *Com. Cc. y Compilaciones Forales*, 2ª ed., 1995, pp. 729-769.

- “Obligaciones extracontractuales”, en J. D. González Campo y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed. Rev. Eurolex, Madrid, 1995, pp.209-214.

- “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ”, *REDI*, vol. XLI, n.º 1, 1989, pp. 113-156.

Amores Conradi, M. y Torralba Mendiola, E.: “Difamación y Roma II”; *AEDIPr.*; T. VII, 2007, pp. 251-265.

- “XI Tesis sobre el Estatuto Delictual”, *REEI*, n.º 8 (2004).

Amstrong, G. M.: “The Rectification of Celebrity: Persona as Property”, *La. L. Rew.*, vol. 51, 1991, p. 443-468.

Ancel, B.: “La clause attributive de jurisdiction selon l’article 17 de la Convention de Bruxelles”, *Riv.Dir.Int.Pri.Proc.*, 1991, nº 2, pp. 263-294.

- *Nota a la STJUE*, de 26 de marzo de 1992, Asunto C-261/90, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, pp. 720- 726

Ancel, M. E.: Nota a la sentencia de Cour de cassation de 11 de Julio de 2000, *Rev. cri. dr. int. pr.* 90 (1), 2001, pp. 158 – 163,

Angel Yangüez, R. de: *Tratado de responsabilidad civil*, 3º ed., Civitas, Madrid, 1993.

Ansalone, F.: “Il diritto all’immagine”, *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, vol. II, pp. 227-251

Antolisei, F. *Manuale di diritto penal, Parte generale*, Giuffré, Milán, 2004.

Anton, A. E. y Beaumont, P. R.: *Private International Law*, Sweet & Maxwell, Edimburgo, 1990.

Aplin, T.: “A Right of Privacy for Corporations?”, en P. L. C. Torremans (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, Wolters Kluwer, Austin/Boston/Chicago/N.Y./The Netherlands, 2007, Chapter 19, pp. 475-505.

Aplin, T., Bently, L.; Johnson P. y Malynick, S., *Gurry on breach of confidence*, 2ª ed. Oxford University Pres, Oxford, 2012.

Arenas García, R.: “La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derechos internacional privado, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 393-415.

- “Las medidas provisionales y cautelares en el Reglamento Bruselas I: de la regulación actual a la regulación proyectada”, *La Ley*, Nº 7601, 31 Mar. 2011

Arenas Ramiro, M.: “El consentimiento en las redes sociales”, en A. Rallo Lombarte y R. Martínez Martínez (Coords.) *Derecho y redes sociales*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 117-145.

Arnold-Moore, T.: “Legal pitfalls in cyberspace: defamation on computer networks”, *JLIS*, vol. 5, nº 2, 1994, pp. 165-178.

Arnt Nielsen, P.: “Chapter II, Sec. 4, Art. 15”, en P. Mankowski, U. Magnus (eds.), *European commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*. 2nd Revised Edition, Sellier (European law publishers), Munich, 2011, pp. 369-390.

Artuch Iriberry, E.: “La solicitud de medidas cautelares ante el juez nacional de acuerdo al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968: precisión de su significado y de las relaciones con un procedimiento arbitral en curso”, *La Ley. Unión Europea*, 31 de diciembre de 1998, pp. 1-5.

-“Contenido del orden público en el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (reflexiones a cerca del ATS de 1 de diciembre de 1998)”, *RCEA*, vol. XVI, 200-2001, pp. 123-133.

Audit, B.: *Droit international privé*, 5ª ed., Economica, Paris, 2008.

Azurmendi Adarraga, A.: *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

Babcock, M. E., Powell, W. R., Schachter, M., Schell, A. J. y Schulz, D. A: “Internet Jurisdiction and Choice of Law Issues”, Cyberspace Committee report, *MLRC*, Julio 2002, (<http://www.medialawresourcecenter.org/Template.cfm?Section=Archive7&Template=/ContentManagement/ContentDisplay.cfm&ContentID=1065>)

Bailey, S.H, Harris, D.J., Jones, B.L.: *Civil Liberties: Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 5ª ed. 2001.

Balaguer Callejón, F.: “Derecho y Derechos de la Unión Europea”, en J. Corcuera Atienza (coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dikynson, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñate, Madrid, 2002.

Balaguer Callejón, M. L.: *El derecho fundamental al honor*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.

Balcarczyk, J. “Recognition of Overseas Defamation Judgments in Europe and in the US”, *AEDIPr*, 2011 (en prensa).

Balladore-Pallieri, G.: *Diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milán, 1974.

Ballarino, T.: *Internet nel mondo della legge*, Ed. Cedam, Padova, 1998.

-*Manuale breve di Diritto Internazionale privato*, 3ª ed actualizada: Monográfico sobre los nuevos reglamentos comunitarios y comentario al Reglamento Roma II, Cedam, Padova, 2008, pp. 227-266.

Ballarino, T/bonomi, A.: *Diritto Internazionale Privato*, 3ª ed., CEDAM, Padova, 1999.

Bales, R.A. y Van Wert, S.: “Internet Web Site Jurisdiction”, *John Marshall J. of Comp. & Info. Law*, vol. XX, nº 1, 2001, pp.21-56

Balz S. D. y Hance, O.: “Privacy and the Internet: Intrusion, Surveillance and Personal Data”, *International Review of Law, Computers and technology*, 1996, vol. 10, nº 2, pp. 219-234.

Banisar, D. y Davies, S.: “Global Trends in Privacy Protection: An International Survey of Privacy, Data Protection, and Surveillance Law and Developments”, *John Marshall J. of Comp. & Info. Law*, vol. XVIII, nº 1, 1999, pp. 1-111.

Bar, C. von y Clive, E.: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Sellier, Munich, 2009, vol. 4.

Bar, C. von: "Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another under the DCFR", *ERA-Forum*, Vol. 9, suplemento 1, 2008, pp. 33-38.

Barbera, A.: *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milán, 1967

Barendt, E.: "Spycatcher and Freedom of Speech", *Public Law*, 1989, pp. 204-212.

Barnett, S.R.: "The right to One's Own Image: Publicity and Privacy Rights in the United States and Spain", *AJCL*, vol. 47, 1999, pp. 555-581.

Barros Bourie, E.: *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2006.

Bartlett, P.: "Internet: the Legal Tangle", *Com. L. & Prac.*, vol. 11, n° 4, 1995, pp. 110-114.

Basile, S.: "Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas", vv.aa., *La Constitución española de 1978*, Madrid, Civitas, 1981.

Bastida, F. y Villaverde, I.: *Libertades de Expresión e información y Medios de Comunicación. Portuario de jurisdicción constitucional, 1981-1999*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1998.

Bauman, M. K.: "Defamation in Hong Kong and the People's Republic of China: Potential Perils of Two Standards of Free Speech", *Hastings Int'l & Com. L. Rev.*, vol. 15, 1992, pp. 671-694.

Beaumont, P.: "The Brussels Convention becomes a regulation; implications for legal basis, external competence and contract jurisdiction", en J. Fawcett (ed.), *Reform and Development of Private International Law: Essays in Honour of Sir Peter North*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 9-30.

Beitzke, G.: "Les obligations delictuelles en DIPr.", *R. des C.*, 1965-II, PP. 85-96.

Beloff, M.: "What does it all mean? Interpreting the Human Rights Act 1998", en L. Betten (Ed.), *The Human Rights Act 1998, What it means: the incorporation of the European Convention on Human Rights into the legal order of the United Kingdom*, Kluwer Law International, London, 1999.

Bender, D.: "Jurisdiction in Cyberspace", *PLI Pat. Copy., Trademarks & Literary Prop. Course Handbook*, 2000, pp. 27-83.

Betlem, G.: "Transboundary Enforcement: Free movements of of injunctions", *Environmental rights. Law, Litigation & Acces to justice*, ed. Sven Deimann & Bernard Dyssli, London, 1995, pp. 184-229.

Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, 1994.

Bevere, A. y Cerri, A.: *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, Giuffré, Milán, 1995.

Bercovitz Rodríguez Cano, R.: “Derecho al honor y a la intimidad personal”, *CCJC*, nº 16, 1988, pp. 179-196

-“Nota a la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 1991 (Recurso de amparo número 60411989 contra Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo), *CCJC*, nº 27, 1991, pp. 1085-1101.

- “Nota a la Sentencia de 9 de diciembre de 2009: Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información: servicios de alojamiento o de almacenamiento de datos”, *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 603-1615

Berdugo Gómez de la Torre, I.: *Honor y libertad de expresión*, Ed. Tecnos. Madrid, 1.987.

Berlinguer, A.: *La comprometibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato, I, La nozione di comprometibilità*. Torino, G. Giappichelli, 1999.

Bettetini, G. y Colombo, F.: *Le nuove tecnologie della comunicazione*, Bompiani, Milán, 1993.

Bianca, C. M. *La responsabilità*, en *Diritto civile (Vol. V)*, Giuffré, Milán, 1994.

Biglino Campos, P.: “Derechos frente a la Unión, derechos frente a los Estados miembros: el art. 51 de la Carta”, en N. Fernández Sola (Coord.), *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 235-256.

Bignami, F. “The Case for Tolerant Constitutional Patriotism: The Right to Privacy Before the European Courts”, *Cornell Int’l L.J.*, Vol. 41, No. 2, 2008, pp. 211-250.

Bigos, O.: “Jurisdiction over the Cross-Border Wrongs on the Internet”, *ICLQ* vol. 54, Julio 2005, pp. 585-620.

- “Jurisdictional Discretion in Defamation on the Internet”, 2005, part. II, *LMCLQ*, pp.129-135.

Binchy, W.: *Irish Conflicts of Laws*, London, 1988.

Binder, D. S.: “The European Court of Justice and the Protection of Fundamental Rights in the European Community: New Developments and Future Possibilities in Expanding Fundamental Rights Review to Member State Action”, *Jean Monnet Working Paper* No 4/95, (<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/95/9504ind.html>)

Bischoff, J. M.: “Nota a la Sentencia TJUE 19 septiembre 1995, Asunto *Marinari*”, *Journ. dr. int.*, 1996-2, pp. 562-563.

Blackman, J.: “Omniveillance, Google, Privacy in Public, and the Right to Your Digital Identity: A Tort for Recording and Disseminating an Individual's Image over the Internet”, *Santa Clara L. Rev.*, Vol. 49, 2009, pp. 313-392.

Blackshaw, S., Siekmann, R. C. R. (eds.): *Sport image Rights in Europe* (ASSER International Sports Law Series), T.M.C. Asser Press, La Haya, 2005.

Blanco-Morales Limones, P.: “Mass media y Convenio de Bruselas: ¿Qué tribunales pueden enjuiciar un caso de libelo internacional?”, *Gaceta Jurídica de la CE*, B-107, Octubre 1995, pp. 5-15

- “Artículo 5”, en A. I: Calvo Caravaca (ed.) *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, BOE, Madrid, 1994, pp. 119-132

Bogdan, M.: “General Aspects of the Future Regulation”, A. Malatesta (ed.) *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and other Non-Contractual Obligations in Europe*, Cedam, Milán, 2006, pp. 33-44.

Bonomi, A.: “Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts”, *YPIL*, vol. 10, 2008, pp. 285-300.

Borchers, P.: “Internet Libel: The Consequences of a Non-Rule Approach to Personal Jurisdiction”, *Nw. U. L. Rev.*, 98, 2004, pp. 473- 492

Born, G. B.: *International Civil Litigation in United States Courts*, 3ª ed., Kluwer Law International, Netherlands, 1996.

Borrás Rodríguez, A.: *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española. Seminario celebrado en Tarragona, 30-31 de mayo de 1997*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998.

-“Los supuestos de tráfico privado internacional en los medios de comunicación social”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1985, pp. 373-401.

- “Nota a la STJUE de 7 marzo 1995”, *RJC*, 1995-4, pp. 276-279,

- La revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano: una reflexión preliminar española”, A. Borrás Rodríguez (ed.), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española. Seminario celebrado en Tarragona, 30-31 de mayo de 1997*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 11-27.

Bourel, P.: *Les conflicts de lois en matière d’obligations extracontractuelles*, LGDJ, Paris, 1961.

-“Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé”, *R. des C.*, 1989, T. II, 214, pp. 261-398.

- “Nota a la Sentencia de la *Cour de Cassation h. civ.*) de 13 de abril de 1988, Asunto *Soc. Jours de France vs. Farah Diba*”, *Rev.cr.dr.int.pr.*, 1988- 3, pp. 546-554.

“Nota a la sentencia de Minas de Potasio de Alsacia (STJUE 30 noviembre 1976)”, en *Rev.cr.dr.int.pr.*, 1977-III, pp. 563-576.

-“Nota a la Sentencia de la *Cour Cassation* de 13 de abril de 1988”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1989, pp. 546-554

Boyd D. M. y Ellison, N. B.: “Social Network Sites: Definition, History and Scholarship”, disponible en <http://www.jcm.indiana.edu/vol13/issue1/boyd.ellison.html>

Bone, S. A.: "Private Harms in the Cyber-World: The Conundrum of Choice of Law for Defamation Posed by *Gutnick v. Dow Jones & (and) Co.* (Comments)", *Wash. L. R.*, Vol. 62, Issue 1 (Winter 2005), pp. 279-338.

Bouza Vidal, N.: "Discusión en torno a la naturaleza contractual o extracontractual de la reclamación a los efectos de justificar la competencia de los tribunales españoles – observaciones a la SAP de 10 de Julio de 2000-", *AEDIPr*, 2002/158, tomo II, pp. 699-709.

- "Aspectos de Derecho internacional privado en la protección del medio ambiente", *Problemas internacionales del medio ambiente*, Barcelona, UAB, 1985, pp. 57-93.

- "La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral", *REDI*, vol. LII, 2000, pp. 371-393.

Bowman, S., Willis, C.: "We Media. How audiences are shaping the future of news and information, Thinking Paper of The Media Center", p. 9, disponible el texto íntegro en la página web, http://www.openreader.org/wemedia/JackR/We_Media.htm (3/5/2005)

Braithwaite, N.: *International Libel Handbook: A Practical Guide for Journalists*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

- "The Internet and bulletinboard defamations", *New Law Journal*, nº 145, 1995, pp. 1216-1234.

Brand, R. A. "Punitive damages revisited. Taking the rationale for non-recognition of foreign judgments too far", *JL & Com*, 2005, nº 2, vol. 25, pp. 181-196.

Brière, J.: "Le règlement (CE) nº 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)", *Journ.dr.int.*, vol. 135, nº 1, 2008, pp. 31 – 74.

Brinkhorst, L. J., Schermers, H. G.: *Judicial remedies in the European Communities: a case book*, 2ª edición, Ed. Kluwer, Deventer, 1977, pp. 181-191.

Brügge-meier, G.: "Protection of personality rights in the law of delict/tort in Europe: mapping out paradigms" en G. Brügge-meier, A. Colombi Ciacchi y P. O'Callaghan (eds.), *Personality Rights in European Tort Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 5-37.

G. Brügge-meier, A. Colombi Ciacchi y P. O'Callaghan (eds.), *Personality Rights in European Tort Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Bucher, A.: "Les actes illicites dans le nouveau droit international privé suisse", en F. Dessemontet (ed.), *Le nouveau droit international privé suisse*, CEDIDAC, Lausana, 1988, pp. 107-148.

Bucher, A. y Bonomi, A. *Droit international privé*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea/Génova/Munich, 2001.

Bungert, H.: "Enforcing U.S. Excessive and Punitive Damages Awards in Germany", *Int. Lawyer*, vol. 27, 1993, p. 1075

Burns J. S. y Bales, R. A., "Personal jurisdiction and the Web", *Me. L. Rev.*, vol. 53, 2001, pp. 29-52.

Burnstein, M. R.: "Conflicts on the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace", *Vand. J.T.L.*, núm. 29, 1996, pp. 75-110.

- "A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment", en K. Boele-Woelki, C. Kessedjian (Eds), *Internet, Which Court decides? Which Law Applies? Quel tribunal decide? Quel droit s'applique?*, Proceedings of the international colloquium in honour of Michel Pelicht, Kluwer International, The Hague/London/ Boston, 1998, pp. 23-34.

Bustos Gisbert, R.: "Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática (art. 10 CEDH)", en *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, P. Santolaya macheti, F. J. García Roca (Coords.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, madrid, 2005, pp. 529-564.

Busseuil, G.: "Le choix de la loi applicable au contrat électronique", en S. Corneloup y N. Joubert (dirs.), *Le Règlement communautaire "Rome I" et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Editions LexisNexis Litec, París, 2011, pp. 397-419.

Cabezuelo Arenas, A.L.: *Derecho a la Intimidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

- "Breves notas sobre la protección post mortem de honor, intimidad e imagen", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 1, 1999, pp. 1577-1586.

- "El honor de la persona fallecida y la legitimación post mortem de la defensa de su derecho al honor", en J. Plaza Penadés (coord), *El Derecho al Honor y la Libertad de Expresión*, Valencia, 1994, pp. 464 y ss.

Caggia, F.: "Il rispetto della vita familiare", en Associazione italiana di diritto comparato; *I diritti fondamentali in Europa*; Associazione italiana di diritto comparato, XV Colloque biennele, Messina-Taormina , 31 mayo al 2 de junio 2001; Ed. Giuffrè, Milán, 2002; pp. 39-62.

Cain Miller, C.: "Free Speech on Twitter Faces Test", de 22 de mayo de 2011, *New York Times*, http://www.nytimes.com/2011/05/23/technology/23twitter.html?_r=1

Calvo Caravaca A. L. y Carrascosa González, J.: *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*; Madrid, Colex, 2001.

- *Las obligaciones extracontractuales en derecho internacional privado. El Reglamento Roma II*, Editorial Comares, Albolote (Granada), 2008.

- "La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional y el art. 24 R 44/2001, de 22 de diciembre de 2000", *Cuestiones actuales de Derecho mercantil internacional*, Madrid, 2005, pp. 203-215

Capelo de Sousa, R.: "A Constituição e os direitos de personalidade", en J. Miranda (Coord.) *Estudos sobre a Constituição*, Vol. II, Lisboa, 1978, pp. 93- 198

Campbell, A. y Yaqub, Z.: *The European handbook on advertising law*, London-Sidney, 1999.

Cámara Villar, G. (VVAA), *Manual de Derecho Constitucional*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 2005.

Cameron, I.: "Protocol 11 to the European Convention on Human Rights: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court?", *Yearbook of European Law*, núm. 15 (1995), pp. 219-260.

Canedo Arrillaga, J. R. y Gordillo Pérez, L. I.: "Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa", *Cuadernos Europeos de Deusto/Instituto de Estudios Europeos Universidad de Deusto* (Ejemplar dedicado al Tratado de Lisboa [I]), Bilbao, nº 39, 2008, pp 27-59.

Carlón Ruiz, M.: *Competencia territorial y responsabilidad extracontractual. Perspectivas Constitucional y Comunitaria*, Cedecs, Madrid, 1995.

Carnero Sobrado, J. I.: "Consideraciones en torno a la responsabilidad civil de los prestadores de servicios por comentarios alojados en sus páginas web", *La Ley*, Nº 7782, 24 Enero 2012.

Carreras Hernández, F.J.: "La inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencial española", *Anuario de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), vol. XXIII, 2007, pp. 63-99.

Carrillo López, M.: *El derecho a no ser molestado (Información y vida privada)*; Ed. Thompson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

- *La protection de la vie privée face aux medias*, Senat, Service des affaires européennes, Division de Législation comparée, París, 1998.

- "Los derechos fundamentales en la Constitución Europea", *El reto constitucional de Europa*, J. Vidal-Beneyto (coordinador), Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 199-216.

- *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución española de 1978*, Ed. PPU, 1987.

- "La intimidad, las celebridades y el derecho a la información"; *La Ley*, Nº 6979, Secc. Doctrina, 1 julio. 2008, Año XXIX, Ed. LA LEY.

- "Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor", *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 10. Septiembre-Diciembre 1996, pp. 91-116.

- "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental", *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 18, 1994, pp. 7-30.

- "El derecho a la propia imagen del artículo 18.1 de la CE", *CDJ*, nº 35, 1993, pp. 53-90.

Carrillo Salcedo, J. A.: "Art. 10.9 Cc.", *Comentario de las Reformas al Código Civil*, 1977, pp. 543-556.

- "Art. 10.9 Cc.", *Comentario al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, 1978, pp. 360-369.

Carruthers, J. M. y Crawford, E. B.: "Variations on a Theme of Rome II. Reflections on Proposed Choice of Law Rules for Non- Contractual Obligations: Part II", *Edinburgh L. Rev.*, 2003-2004, pp. 238-266.

Casas Vallés, R.: “Comentario a la Sentencia del TS de 9 de febrero de 1990”, *CCJC*, núm. 23, 1990, pp. 443-460.

- “Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación”, *Rev. Poder Judic.*, núm. 14, 1989, pp. 131- 144.

- *Honor, intimidad e imagen. Su tutela en la LO 1/82*, *RJC*, nº 2, 1989.

Cassin, R.: “La declaration universelle et la mise en oeuvre des Droits de l’homme”, *Res. de C.*, vol. 79, 1951-II, pp. 241-365.

Castán Tobeñas, J. *Los derechos de la personalidad*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952.

Castán Vázquez, J. M^a.: *la protección del honor en el Derecho español*, Universidad de Valencia, Valencia, 1956.

Castro y Bravo, F. de: *Derecho Civil de España. Parte General*, Tomo I, Ed. Aranzadi Civitas, Madrid, 2008.

- *Temas de Derecho Civil*, Ed. Marisal, Madrid, 1972.

- “Los llamados derechos de la personalidad”, *ADC*, Tomo. XII, Fascículo IV, 1959, pp. 1237- 1275.

Catalá i Bas, A. H.: “El derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista del Poder Judicial*, 62, 2001, pp. 13-42.

Castellaneta, M.: “Sulla pubblicazione di notizie tratte dal web interviene la CEDU”, comentario a la STEDH, *Editorial Board of Pravoke Delo and Shtekel v. Ukraine*, de 5 de mayo de 2011 (Application no. 33014/05), disponible en <http://www.marinacastellaneta.it/>.

Cavoukian, A. y Tapscott, D.: *Who knows: Safeguarding your privacy in a Networked World*, McGraw-Hill, New York, 1996.

Cerina, P.: “Il problema della legge applicabile e della giurisdizione”, en E. Tosi (ed.), *I problemi giuridici di Internet*, Milán, Giuffré, 2003 (3^a ed.), pp. 351-465.

- “Contraffazione di marchio sul World Wide Web e questioni di giurisdizione (comentario al caso “Blue note”, U.S. District Court di New York)”, en *Il Dir. Ind.*, 4-1997, pp. 299-304

Cerrato Guri, E.: “El problema de la carga de la prueba en el Derecho extranjero”, *Justicia: revista de derecho procesal*, Nº 1-2, 2011, pp. 97-114.

Cheshire, North & Facett on Private International Law, 14^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2008 (por J. Fawcett, y J. M. Carruthers).

Childress, T.: “Nonrecognition of Foreign Defamation Judgments”, publicado el 23 de abril de 2010 en [conflictoflaws.net.](http://conflictoflaws.net/), <http://conflictoflaws.net/2010/nonrecognition-of-foreign-defamation-judgments/>.

Chillón Medina, M. y Merino Merchán, J. F.: “Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje”, *La Ley*. Año XXV Nº 5945, 2 febrero 2004, pp. 1-8.

Clavería Gonsalbez, L. H.: “Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen”, *ADC*, 1984, III, pp. 31-69.

-“Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la LO 1/82, de 5 de mayo”, *ADC*, 1983-2, IV, pp. 1243-1261.

-“Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad”, *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984, pp. 101-116.

-“Comentario a los arts. 1274 a 1277 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, vol. 1º -B, Ed. Edersa, Madrid, 1993.

-“Comentario a la STS de 11 de diciembre de 1986”, *CCJC*, nº 13, 1987, pp. 5235-5270.

Clemente Meoro, M. E y Cavanillas Múgica, S.: *Responsabilidad civil y contratos en Internet*, Comares, Granada, 2003.

Concepción Rodríguez, J. L.: *Honor, intimidad y propia imagen*, Ed. Bosh, Barcelona, 1996.

Collins, M.: *The Law of Defamation and the Internet*, Oxford University Press, 2ª ed., Oxford, 2005.

-“Defamation Law and the Liability of Internet Intermediaries: Recent Developments in the United Kingdom, the USA and Australia, *The Yearbook of Copyright & Media Law*, Volume VI 2001/2, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 159-183.

Connelly, A. M.: “Problems of the interpretation of article 8 of the European Convention on Human Rights”, *ICLQ*, 1986, 35, pp. 567-593.

Cooley, T. A.: *The elements of torts*, 2º ed. Littleton, Colo.: F.B. Rothman, 1995. Publicación original: Callaghan & Co., Chicago, 1895.

Cooper, H. M.: “The Electronic Communications Privacy Act: Does the Answer to the Internet Information Privacy Problem Lie in a Fifteen Year Old Federal Statute? A Detailed Analysis”, *John Marshall J. of Comp. & Info. Law*, vol. XX, Nº 1, 2001, pp. 1-20

Coors, C.: “Headwind from Europe: The New Position of the German Courts on Personality Rights after the Judgment of the European Court of Human Rights”, *Ger. L. J.*, vol. 11, nº 5, 2010, pp. 527-538.

Corapi, E.: “L’art. 8 dello Human Rights Act e l’azione di breach of confidence”, en Associazione italiana di diritto comparato; *I diritti fondamentali in Europa*; Associazione italiana di diritto comparato, XV Colloque biennele, Messina-Taormina, 31 mayo al 2 de junio 2001; Ed. Giuffrè, Milán, 2002; pp. 98-115.

Cordero Álvarez, C. I.: “Algunos problemas de aplicación del art. 5.3º del Reglamento 44/2001”, *AEDIPr*, 2009, pp. 411-428.

- “Protección de la propiedad intelectual contra usos no autorizados por medios de comunicación”, *La Ley*, Nº 7829, 2012.

Corneloup S. y Joubert N. (dirs.): *Le Règlement communautaire "Rome I" et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, París, 2011.

- *Le règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du colloque du 20 septembre 2007, Dijon, vol. 31, Paris, LexisNexis Litec, 2008.

Corsaro, L.: "Responsabilità civile I) Diritto civile", *Enc. Giu. Trecanni*, Vol. XXVI, Istituto Della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, pp. 1180.

Cortés Domínguez, V.: "La nueva regulación de la competencia jurisdiccional internacional en materia civil (arts. 21 y 22 LOPJ)", *Justicia*, 1985, núm. IV, pp. 775-796.

Costes, L.: "Les contornes encore incertains de la future société de l'information", *IBLJ*, 1996-IV, pp. 421-434.

Crespo Hernández, A.: *La responsabilidad civil derivada de la contaminación transfronteriza ante la jurisdicción estatal*, Ed. Eurolex, Madrid, 1999.

- "Precisión del *forum loci delicti commissi* en los supuestos de daños contra la persona causada a través de prensa", *La Ley-Comunidades Europeas*, 1995, nº 96, pp. 1-7.

- "Precisión del lugar del hecho dañoso en los supuestos de daños sobrevenidos", *Iniuria* 1995, pp. 99-111

Crevillén Sánchez, C.: *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Ed Actualidad Editorial, Madrid, 1995.

Crawford, E. B.: *International private Law in Scotland*, Edimburgo, 1998.

Croft, J. y Fenton, B.: "Footballer seeks search order on journalists", *Financial Times.com*, de 16 de mayo de 2011 (disponible en <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/ce371bba-7ff4-11e0-b018-00144feabdc0.html#axzz1XkkGcCQV>).

Croft, J.: "Cricketer wins Twitter libel case", publicado en *Financial Times.com*, de 26 de marzo de 2012, (<http://www.ft.com/intl/cms/s/0/efb3726c-773c-11e1-93cb-00144feab49a.html#axzz1qJDtHse6>)

Cruz Villalón, P.: *Derechos fundamentales y Derecho privado*, Academia Sevillana del Notariado, Madrid, 1993.

Cruz Vilaça, J. L. da: "El control jurisdiccional de la constitucionalidad", en *El reto constitucional de Europa*, J. Vidal-Beneyto (Coord.); Dykinson, Madrid, 2005.

Cuniberti, G.: "La ejecución de las medidas provisionales y cautelares extranjeras en materia civil y mercantil en Europa", *La Ley*, Nº 7601, 31 Mar. 2011

- "French Plaintiffs Drop Jewish or Not Jewish App Lawsuit" (28 de Noviembre de 2011), publicado en Conflict of Law.net (<http://conflictoflaws.net/2011/french-plaintiffs-drop-jewish-or-not-jewish-app-lawsuit/>).

- “New Draft Report of European Parliament on Future Choice of Law Rule for Privacy and Personality Rights”, en *conflict of laws.net* (publicación el 24 de noviembre de 2011). <http://conflictoflaws.net/2011/new-draft-report-of-european-parliament-on-future-choice-of-law-rule-for-privacy-and-personality-rights/comment-page-1/#comment-439214>
- “French Court Declines Jurisdiction in Libel Case over Book Review”, publicado en *conflict of Law.net* (4 de marzo de 2011). <http://conflictoflaws.net/2011/french-court-declines-jurisdiction-in-libel-case-over-book-review/>
- “Von Hein on Rome II and Defamation”, publicado el 19 de julio de 2010 en *conflict of law.net* (<http://conflictoflaws.net/2010/von-hein-on-rome-ii-and-defamation/>).
- “Boskovic on Rome II and Defamation”, publicado el 20 de julio de 2010 en *conflict of law.net*, <http://conflictoflaws.net/2010/boskovic-on-rome-ii-and-defamation/>
- “Perreau-Saussine on Rome II and Defamation”, publicado el 21 de julio de 2010 en *conflictoflaw.net*, <http://conflictoflaws.net/2010/perreau-saussine-on-rome-ii-and-defamation/>

Cupis, A. de: “I diritti Della personalit ”, *Tratt. di dir. civ. e comm.*, A. Cicu, F. Messineo (dir.), T.I, Milán, 1973.

-“Il diritto della personalit ”, *Tratt. di dir. civ. e comm*, Vol. IV, 2  ed., Mil n , 1992.

-*Il diritti della personalità*, 2, Giuffr , Mil n, 1982.

Cutrer , T. A.: “Computer networks: libel and the First Amendment”, *Comp. L. J.*, vol. 11, n  4, 1992, pp. 555-583.

Chappel, L. A y Tittel, E.: *Guide to TCP/IP*, Thomson Course Technology, Boston, 2002.

Daughdrill, B. E.: “Personal jurisdiction and the Internet: Waiting for the other Shoe to Drop on First Amendment Concerns”, *Mercer L. Rev.*, vol. 52, 1999-2000, pp. 919-943.

Davidson, S.: “International Considerations in Libel Jurisdiction”, *Forum on Public Policy*, <http://forumonpublicpolicy.com/archivespring08/davidson.pdf>

Davinsson, E.:“The concept of Human Dignity and Economic Sanctions”, www.aldeilis.net/jus/econsanc/humandignity.pdf (acceso el 19 mayo de 2009).

Deakin, S., Johnstony, A. y Markesinis, B.: *Tort Law*, Oxford University Press, 6  Ed, Oxford, 2007.

Dehousse, F., Coussens, W.: “El Tratado Constitucional de la Convención para Europa: un texto demasiado convencional”, en *El reto constitucional de Europa*, J. Vidal-Beneyto (Coord.); Dykinson, Madrid, 2005, pp. 39-72.

Delgado Barrio, J.: “Proyección de las decisiones del TEDH en la jurisprudencia española”, *RAP*, núm. 119, 1989, pp. 233-254.

Desantes Guanter, J. M.: *Los límites de la información: la información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las 100 primeras sentencias*, Asociación de la Prensa, Madrid, 1991.

Desantes Guanter J. M. y Soria, C.: *Los límites de la información*, Ed. Asociación de la Prensa de Madrid, 1991.

Desantes Real, M.: *La competencia judicial en la Comunidad Europea*, Ed. Bosh, Barcelona, 1986.

-“La Directiva sobre el comercio electrónico. Mercado interior y servicios financieros de la sociedad de la información”, R. Mateu de Ros, J. M. Cendoya (coords.) *Derecho de Internet*, Navarra Aranzadi, 2000, pp. 323-338.

Descheemaeker, E.: “Protecting reputation: Defamation and Negligence”, *Oxford J. Legal Stud*, Vol. 29, No. 4 (2009), pp. 603-641,

Dessemontet, F (ed.): *Le nouveau droit international privé suisse*, CEDIDAC, Lausana, 1988.

-“Internet, les droits de la personnalité et le droit international privé”, *Le droit au défi d’Internet (Actes du colloque de Lausanne)*, Ginebra, Droz, 1997, pp. 75-102.

- “Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé”, en en K. Bolee-Woelki, y C. Kessedjian (dirs.), *Internet. Which Court decides Which Law Applies?*, La Haya, Kluwer, 1998, pp. 47-64.

“Developments: The Law of Ciberspace”, 112 *HLR*, Issue 7, Mayo 1999, pp. 1564-1704.

Dias Oliveira, E.: *Da responsabilidade Civil Extracontractual por violação de Direitos de Personalidade em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2011.

Díaz Fraile, J.M.: “El comercio electrónico: Directiva y proyecto de Ley española de 2000 (crónica de su contenido, origen, presupuestos y proceso de elaboración)” *Actualidad Civil*, nº 2, enero 2001, pp. 31-58.

- “Comentarios a la Directiva y Proyecto de Ley español de comercio electrónico de 2000 . Contenido y proceso de elaboración», *RCDI*, enero, 2001, pp. 81-122.

Díaz Nosty, B.: “Marco deontológico de las nuevas tecnologías de la información”, en M. Burset Touron, *Deontología, función social y responsabilidad de los profesionales de la comunicación*, Ciclos de conferencias 27 febrero- 21 mayo, 2002, Consejo Social de la Universidad Complutense de Madrid, pp. 221-228.

Diccionario de Informática, Ed. Grupo Cultural, Madrid, 1999.

Díez Díaz, J.: “Derechos de la personalidad o bienes de la persona”, *RGLJ*, año CXI, tomo XLVI, nº 6, Junio 1963, pp. 858- 901.

Díez-Picazo Jiménez, L. M.: *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2002.

- *Derecho a la vida y a la integridad física y moral*, *RAJC*, 3/2002.

Díez Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 11ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2003.

Díez de Velasco Vallejo, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos, 17ª ed., Madrid, 2009.

-“Mecanismos de garantía y medios procesales de protección creados por la Convención Europea de Derechos Humanos. *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano*, Tomo II, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1959.

Dicey, Morris & Collins, *The conflict of laws*, 14ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2006, vols. I y II.

Dickinson, A.: *The Rome II Regulation. The law applicable to non contractual obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

-“Provisional Measures in the “Brussels I” Review: Disturbing the Status Quo?: *IPRax* 2010, pp. 203–214.

-“Privacy and Personality Rights in the Rome II Regime - Not Again?”, publicado el 19 de julio de 2010 en Conflict of law. Net, <http://conflictoflaws.net/2010/privacy-and-personality-rights-in-the-rome-ii-regime-not-again/>

Dijk, P. van y Hoof, G. J. H. van: *The theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2ª ed.; Ed. Kluwer, Deventer, 1990.

Dijk, P. van, Hoof, G. J. H. van y Rijn, A. van; L. Zwaak (eds.); “Right to Respect for Privacy (Article 8)”, en *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (Chapter 12), 4ª ed., Ed. Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006; pp. 664-750.

Dinwoodie, G. B. , Dreyfuss, R. C. y Kur, A.: “The Law Applicable to Secondary Liability in Intellectual Property cases”, 42 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, 2009-2010, pp. 201-235.

Dirección General de Estudios, Documento de Trabajo del Parlamento Europeo: “¿Qué Carta Constitucional para la Unión Europea? Estrategias y opciones para reforzar el carácter constitucional de los Tratados”, realizado por el Centro Robert Schuman. Instituto Universitario Europeo, diciembre de 1999, pp. 54-56

Dogauchi, M.: “Law Applicable to Torts and Copyright Infringements through the Internet”, en J. Basedow, T. Kono, *Legal Aspects of Globalization*, 2000, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000, pp.49-65.

Dogliotti, M.: “Le persone fisiche”, en *Tratt. di dir. priv.*, P. Rescigno (dir.), T.I, vol. 2, Torino, 1982.

Dogliotti M. y Boccaccio, S.: “Il diritto alla riservatezza negli orientamenti della giurisprudenza”, en *La nuova giurispr. civ. comm.*, 1989, pp. 351-385.

Dolinger, J.: “Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts”, *R. des C.*, t. 283, 2000, pp. 452-496.

Dooley, S.: “Specific risks on the Internet: defamation”, *Comp. L.*, Oct/Nov. 1995, pp. 10-13.

Doyle, C. y Bagaric, M.: *Privacy law in Australia*, The Federation Press, Australia, 2005.

Dorsey, J. y D. Ellis, D.: “Damages and the Privacy Tort: Sketching a Legal profile”, *Iowa L. Rev.*, Julio 1979, nº 64, Issue 5 (dedicado al Symposium: Press and Privacy), pp. 1111-1154.

Douglas-Scott, S.: “A Tale of Two Courts: Luxemburg, Strasbourg and the growing European Human Right Acquis”, *Common Market Law Review*, nº 43, 2006.

Drijber, B. J.: “The Revised Televisión Without Frontiers Directive: Is it fit for the Next Century”, *CML Rev.*, vol. 36, 1999, pp. 87-122.

Droz, G. A. L y Gaudement-Tallon, H.: “La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *Rev.cr.dr.int.pr.*, vol. 90, nº 4, 2001, pp. 601- 652.

Drzemczewski, A.: “The sui generis nature of the European Convention on Human Rights”, *ICLQ*, 1980/1, pp. 54-63.

Duintjer Tebbens, H.: “Las competencias especiales en materia delictual y en materia de explotación de un establecimiento secundario”, TJUE, *Competencia judicial y ejecución de Sentencias en Europa*, Pamplona, Aranzadi, 1994, pp. 97-108.

Duncan, C. y Neil, B: *Duncan and Neil on Defamation*, Ed. LexisNexis, 3 ed, Londres, 2003.

Dutoit, B.: *Droit international privé suisse: Supplément à la 4e édition du Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 4ª ed. revisada, Basilea, 2005.

Dworkin, G.: *Confidence in the Law: An Inaugural Lecture, Delivered at the University*, University of Southampton, 1971.

Edelman, B.: “Nota a la Sentencia de la Cour de Cassation de 13 abril de 1988”, *Journal du droit International*,(*Journ.dr.int.*), 1988, nº 3.

Edwards, L. y Waelde C.: *Law and the internet. A framework for Electronic Commerce*; Hart, Oxford –Portland Oregon, 2000.

Eechoud, M. van: “The position of Broadcasters and other Media under “Rome II”. Proposed Regulation on the law Applicable to Non-Contractual Obligations”, *IRIS plus*, 2006 -10, pp. 1-8.

Ehrenfeld, R.: “U.K. Libel Laws Chill Another American Book, Forbes.com” (8 Junio de 2009), texto íntegro disponible en la página <http://www.forbes.com/2009/06/08/libel-tourism-protection-act-opinions-contributors-free-speech.html>.

Eko, L.: “New Medium, Old Speech Regimes: The Historical and Ideological Foundations of French and American Regulation of biased-motivate speech and Symbolic Expresion on the Internet”, *Loy. L. A. Int’L &Com. L. Rev.*, vol. 28 2006, pp. 69-127.

Ehrenzweig, A. A.: *A Treatise on the Conflicts of Law*, West Publishing Co., St. Paul, 1962.

English, R. y Havers, P.: *An introduction to Human Rights & Common Law*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2000.

European Group on Tort Law, *Principles of european tort law: text and commentary*; Wien [etc.]: Springer, cop. 2005.

European Group for Private International Law: Proposal for a European Convention on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations”, *Neth. Int. L. Rev.*, 1998, vol. 45, núm. 3, pp. 465-471.

Escobar Hernández, C.: “Ejecución en España de las sentencias del TEDH”, *REDI*, vol. XLII, 1990-2, pp. 547-570.

Escudero-Pascual, A. y Hosein, I.: “The Hazards of Technology-Neutral Policy: Questioning Lawful Access to Traffic Data”, *Communications of the ACM*, nº 47, 2004, pp.77-82.

Eslava Rodríguez, M.: *La protección civil del derecho a la vida privada en el tráfico privado internacional: Derecho aplicable*, Cáceres, 1998.

Espín Canovas, E. (vv. aa.): *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- “Los derechos de la esfera personal”, en L. López Guerra y otros, *Derecho constitucional* , Vol. I. *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 189- 293.

Espinar Vicente, J. M.: *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Civitas, Madrid, 1994.

- *Tratado Elemental de Derecho Internacional Privado*, Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2008.

- *Curso de Derecho internacional privado español. Derecho procesal Civil Internacional*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de Alcalá, Madrid, 1993.

Espiniella Menéndez, A.: “La autononía de la voluntad en el Reglamento (CE) núm. 864/2007 (“Roma II”) sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Noticias de la Unión europea*, núm. 299, 2009, pp. 95-109.

Esplugues Mota, C.: “Normas de competencia judicial internacional en materia de propiedad intelectual”, en *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información*, Ed. Comares, Granada, 1998, pp. 191-246.

Esplugues Mota, C., Iglesias Buhígues, J. L. y Palao, G. (eds): *Application of Foreign Law*, Sellier, Munich, 2011.

Esplugues Mota, C., Iglesias Buhígues, *Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, 4ª ed. Valencia, 2011.

Estrada Alonso, E.: *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo*, Madrid, Colex, 1988.

Fach Gómez, K.: *La contaminación transfronteriza en Derecho Internacional Privado: Estudio de Derecho aplicable*, Bosch, Barcelona, 2002.

-“La nueva regulación de las obligaciones extracontractuales y del Derecho de cosas en Derecho internacional privado alemán”, *REDI*, vol. LI, núm. 1, 1999, pp. 287-295.

Fairgrieve, D.: “The Human Rights Act 1998, Damages and Tort Law”, *Pub. L.*, 2001, pp. 695-716.

Fallon, M.: “La relación del Reglamento Roma II con otras normas de conflicto de leyes”, *AEDIPr*, 2007, pp. 187-217.

- “The Law Applicable to Specific Torts in Europe”, J. Basedow, H. Baum y Y. Nishitani (eds.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, Tubinga, 2008, pp. 261-297.

- “La nueva Ley Belga conteniendo el código de derecho Internacional privado”, *REDI*, Núm. LVI-2, Julio 2004, pp. 821-835.

Faucher, J. D.: “let the Chip Fall Where They may: Choice of Law in Computer Bulletin Board Defamation Cases”, *U.C. Davis L. Rev.*, vol. 26, 1993, pp. 1045-1078.

J. Fawcett (ed.), *Reform and Development of Private International Law: Essays in Honour of Sir Peter North*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

-“Multy-Party Litigation in Private International Law”, *ICLQ*, vol. 44, 1995, pp. 744-770.

Fawcett, J. y Carruthers, J. M.: *Private International Law*, 4th ed. Oxford University Press, Oxford, 2008.

Fawcett, J., Harris, J. y Bridge, M.: *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford Private International Law Series, Oxford, 2005.

Fawcett, J., Torremans, P.: *Intellectual Property and Private International Law*, 2ª ed. Oxford University Press, Oxford, 2010.

Fayós Gardó, A.: “Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Indret*, 22/10/2007, disponible el texto íntegro en http://www.indret.com/pdf/492_es.pdf

Fleischmann, A.: “Personal Data Security: Divergent Standards in the European Union and the United States”, *Fordham I.L.J.*, vol. 19, 1995

Feldman, D.: "The developing scope of article 8 of the European Convention of Human Rights", *EHRLR*, 3, 1997, pp. 265-274.

- "Secrecy, Dignity or Autonomy? Views of privacy as a civil liberty", 1994 (47), en *Current Legal problems*, pp. 41-71.

- "Privacy-Related Rights and their Social Value", en P. Birks (ed.), *Privacy and Loyalty*, Oxford University Press, Oxford, 1997, Cap. 2, pp. 15-50.

- *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*; Oxford University Press, Oxford, 2ª ed. 2002.

- "Human rights Treaties, Nation States and Conflicting Moralities", *Contemp. I. in L.*, 1995, pp. 61-85.

Feldman, S. M.: "Unenumerated Rights in Different Democratic Regimes", *U. Pa. J. Const. L.*, vol. 9, 2006, pp. 47-106.

Fenton B.: "Editors split over state role in press regulation", *FinancialTimes.com*, artículo del 17 enero de 2012, (<http://www.ft.com/intl/cms/s/0/338d65ac-4118-11e1-b521-00144feab49a.html#axzz1kN5xwy2e>)

Fenwick, H.: *Civil Liberties and Human Rights*, Routledge-Cavendish; 3ª ed., Londres, 2002.

- "Breach of Confidence as a Privacy Remedy in the Human Rights Act Era" *Mod. L. Rev.*, Vol. 63, nº 5, 2000, pp. 660-693

Fernández de Casadevante Romaní, C.: *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en España. Análisis de la jurisprudencia constitucional (1980-1988)*, Madrid: Tecnos, 1988;

- "Derechos humanos y orden interno: las consecuencias de la asunción de obligaciones internacionales", en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Tomo I, Madrid: UAM/Eurolex, 2005, pp. 229-248.

Fernández Esteban, M. L.: *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1999

Fernández Masia, E.: "Las primeras consideraciones sobre el Anteproyecto de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), en *AC*, 2003, Nº 3, 2003, pp. 907-929.

Fernández Rozas, J. C.: *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Iustel, Madrid, 2008.

"Derecho de la persona", en J. D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado, Parte especial*, 6ª ed. rev., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 38 y ss.

- "Estatuto personal", *R.E.D.I.*, vol. XXXII, 1980, pp. 213-218.

- "Persona y estatuto personal", *R.E.D.I.*, vol. XXXII, 1980, pp. 218-221.

- "El Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil ("Normas de Derecho internacional privado"): Veinticinco años después", Homenaje a Antonio Hernández Gil, Madrid, Colegio de Abogados de Madrid, 2001, pp. 2411-2447.

- "Artículo 12.3º del Código civil: orden público" (en colaboración con J.D. González Campos), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo I, vol. 2º (M. Albaladejo y S. Díez Alabart, directores), Madrid, Edersa, 1995, pp. 894-926.

Fernández Rozas, J. C; Arenas García, R. y Miguel Asensio, P. A. de: *Derecho de los Negocios Internacionales*, Iustel, Madrid, 3ª ed., 2011.

Fernández Rozas, J. C y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2011.

Fernández Rozas, J. C y Artuch Iriberi, E.: “Propuesta de reforma de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, elaborada por la Corte Española de Arbitraje (diciembre 1996)”, *RCEA*, vol. XIII, 1997, pp. 303-380.

Fernández Sánchez, P. A.: *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1987.

Fernández Tomás, A.: *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

Fernández-Novoa, C.: “La explotación publicitaria de los bienes de la personalidad”, *Problemas actuales del Derecho de la publicidad (Primeras Jornadas internacionales de Derecho de la publicidad)*, Madrid, Instituto Nacional de Publicidad, 1984, pp.37-53.

Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2001 (2ª ed.).

Ferrer Lloret, J.: “la inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España”, *Anuario de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), vol. XXIII, 2007, pp. 3-61.

Festi, F.: *La clausola compromissoria*, Giuffrè, Milán, 2001.

Fisher, D. I.: *Defamation via satellite: A European law perspective*, Kluwer Law International, P. Bajos, 1998.

Flowers, S. M.: “When does Internet activity establish the minimum contact necessary to confer personal jurisdiction”, *Mo. L. Rev.*, vol. 62, 1997, pp. 845-868.

Fleming, J. G. : *The Law of Torts*, The Law Book Co Ltd, 9ª ed., Sydney, 1998.

Font Segura, A.: “la disociación y los daños indirectos en la aplicación del art. 5.3º del Convenio de 1968 de Bruselas; Sentencia del TJUE de 11 de enero de 1990”, *Noticias CEE*, núm. 66, 1990, pp. 131-136

Francq, S.: - *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, 2005, Ed. Bruylant, Bruselas, pp.35, 553 y 607.

-“Chapter III, Recognition and enforcement: Section 1. Recognition” en U. Magnus, P. Mankowski (eds.), *European commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation. 2nd Revised Edition*, Sellier (European law publishers), Munich, 2011, pp. 644-697.

Franco, S y Jault-Seseke, F.: “Les lois de police, une approche de droit compare”, en S. Corneloup y N Joubert (dirs.), *Le Règlement communautaire “Rome I” et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, Paris, pp. 357-393.

Franzina, P.: “Il Regolamento “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali”, en *la Unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir. A. L. Calvo Caravaca/E. Castellanos Ruíz), Codex, Madrid, 2008, pp. 299-370.
- “I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile”, *Contratto e impresa*, Vol. 25, N° 1, 2009, pp. 1-23

Fuentes Camacho, V.: *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo (Estudio del art. 24 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, con especial referencia a la posición española)*, Eurolex, Madrid, 1996.
- “Principio de proximidad y precisión del forum delicti comisi en las hipótesis de pluralidad de daños sobrevenidos en distintos Estados”, *La Ley: Comunidades Europeas*, 27 de noviembre de 1992, pp. 1-8.

Fuentes Mañas, J. B.: “Determinación de la competencia judicial internacional en los “ilícitos a distancia sobre los derechos de autor en Internet”, *RCEA*, 2003, pp. 119-148.

Gajda, A.: “Judging Journalism: The Turn Toward Privacy and Judicial Regulation of the Press”, *Illinois Public Law Research Paper* No. 07-20 (Sept. 2008), *California L. Rev.*, n° 57, 2009.

Galgano, F.: *Diritto civile e commerciale*, CEDAM, Padua, 1990, vol. I.

Garau Juaneda, L.: “Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito civil”, en C. Jiménez Piernas (ed.), *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado*, Alicante, AEPDIRI, 1990, pp. 403-445.

Garau Sobrino, F.: “Cuestiones de Derecho internacional privado: competencia judicial internacional y ley aplicable”, AAVV, *Responsabilidad de los proveedores de información en Internet*, Comares, Granada, 2007, pp. 191-228,

Garberí Llobregat, J.: *Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen*, Ed. Bosh, Barcelona, 2007.

García de Enterría, E.: “El valor en derecho español de la jurisprudencia del TEDH”, *Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 1987.

García Jiménez, E.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

García Roca, J. y Santolaya, P. (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

García Torres, J. y Jiménez Blanco, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1986.

Garcimartín Alférez, F. J.: *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.

- La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II"), *La Ley*, núm. 6798, de 11 de octubre de 2007 -5, D-232.

-"Un apunte sobre la llamada "regla general" en el Reglamento Roma II", *AEDIPr.*, t. VII, 2007, pp. 241-250.

Gardeñes Santiago, M.: "La compétence spéciale en matière délictuelle et quasi délictuelle dans la convention de Bruxelles: á propos de l'arrêt Presse Alliance, du 7 mars 1995", *Rev. trim. dr. eu*, 1995, (31) 3, pp. 611-620.

Garfinkel, T. B.: "Jurisdiction Over Communication Torts: Can you be Pulled into Another Country's Court System for Making a Defamatory Statement Over the Internet? A Comparison of English and U.S. Law", *Transnat'l Law*, vol. 9, 1996, pp. 489- 542.

Garrote Fernández-Díez, I.: "Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de la plataformas p2p. Su regulación en la Ley 34/2002 y la Ley de Propiedad Intelectual", *Pe. I: Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 16, 2004, pp. 55-104.

Gascón Inchausti, F.: *Inmunidades procesales y tutela judicial frente a Estados extranjeros*, Cizur Menor (Navarra), Thomson- Arnazadi, 2008.

- *Medidas cautelares de proceso civil extranjero*, Granada, Comares, 1998.

Gascón Inchausti, F y Gómez Jene, M.: "Arbitraje, medidas cautelares y Convenio de Bruselas (a propósito de Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 1998 en el asunto Van Uden c. Deco Line", *Tribunales de Justicia*, 1999.4, pp. 303-318.

Garriga, G.: "Relationship between Rome II and Other International Instruments. A Commentary on Article 28 of the Rome II Regulation", *YPIL*, Vol. IX, 2007, pp. 137-148.

Garutti, M.: *Il diritto all'onore e la sua tutela civilistica*, Ist. dir. priv. Fac. giur-Univ., CEDAM, Roma, 1985

Gatti, S.: *Il diritto all'utilizzazione economica dell'immagine*, Piazza, Milán, 1988.

Gaudemet-Tallon, H.: *Compétence et exécution des jugements en Europe: Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et Lugano*, 3ª ed., Librairie generale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J.), París, 2002.

- *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4ª edic., L.G.D.J. París, 2010.

- “Notas a la Sentencia TGI de París (1er Ch., 1er Sect.) de 29 septiembre de 1982, *Romy Schneider s. Les Editions Heinrich Bauer Verlag*, y Sentencia TGI de París (1er Ch., 1er Sect.) de 27 de abril de 1983, (Asunto *Carolina de Monaco c. Société Burda GmbH*)”, *Rev.cr.dr.int.pr.*, 1983-3, pp. 670-678, en esp. pp. 671-674.
- “Nota a las Sentencias de la Court d’appel de Paris (1er Ch., Sect. A) de 19 de marzo de 1984, *S.A.R. La Duchesse de Windsor vs. Sánchez Gómez*, y del TGI de París de 30 de junio de 1984”, *Rev.cr.dr.int.pr.* 1985-1, pp. 141-150, en esp. pp. 141-146.
- “Nota a la Sentencia TGI de París (3e Ch.), de 23 junio 1976”, *Aga Khan vs. Soc. Axel Springer et al.*, *Rev.cr.dr.int.pr.*, 1978-1, pp. 132-140, en esp. pp. 136-140.
- “Note a la STJUE 11 de enero de 1990, *Dumez France y Tracoba*, C-220/88”, *Rev.cr.dr.int.pr.*, 1990, II, pp. 363-375.
- “Nota a la Sentencia de la Cour d’appel d’Orléans, 6 de mayo de 2003”, *Rev.cr.dr.int.pr.*, Nº 1, 2004, pp. 139-15.

Gelman, L.: “Privacy, Free Speech, and Blurry-edged Social Networks”, *Boston College L. R.*, núm. 50, Issue 5, 2009, pp. 1315-1344.

George, M.: “Rome II” and the Choice of Law for Defamation Claims, publicado en conflitoflaw.net (25 de enero de 2007), (<http://conflitoflaws.net/2007/rome-ii-and-the-choice-of-law-for-defamation-claims/>).

- “Rome II and Defamation: Diana Wallis and the Working Paper”, publicado en conflitoflaw.net (19 de julio de 2010), <http://conflitoflaws.net/2010/rome-ii-and-defamation-diana-wallis-and-the-working-paper/>
- “Heiderhoff: Privacy and Personality Rights in the Rome II Regime - Yes, Lex Fori, Please!”, (20 de julio de 2010), publicado en conflitoflaw.net <http://conflitoflaws.net/2010/heiderhoff-privacy-and-personality-rights-in-the-rome-ii-regime-yes-lex-fori-please/>.
- “Lord Lester's Defamation Bill on Jurisdiction”, 21 de julio de 2010, publicado en conflitoflaw.net <http://conflitoflaws.net/2010/lord-lesters-defamation-bill-on-jurisdiction/>
- “Hartley on The Problem of "Libel Tourism", 19 de julio de 2010, publicado en conflitoflaw.net, <http://conflitoflaws.net/2010/hartley-on-the-problem-of-libel-tourism/>

Gavison, R.: “Privacy and the limits of the Law”, *Yale L.J.*, 1980, vol. 89, pp.421-471.

Gigante, A.: “Blackhole in Cyberspace: the Legal Void in the Internet“, *J. of Comp. & Info. Tech.*, vol. XV, 1997, pp. 413 y ss.

Ginsburg, J. C.: “The Private international Law of Copyright in an Era Technological Change”, *R. des C.*, vol. 273, 1998, pp. 243-405.

- “Global use/ Territorial rights: Private International Law Questions of the global información infrastructure”, *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 42, 1995, pp. 318-338.

Gitrama González, M.: “El derecho a la propia imagen hoy”, *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, Vol. VI, *Consejo General del Notariado*, Madrid, 1990, pp. 203-352.

Gomes de Andrade, N.N.: “El olvido: el derecho a ser diferente de uno mismo. Una reconsideración del derecho a ser olvidado”, *IDP*, 2012, Núm.13, dedicado al “VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet”, pp. 67-83.

Gomes Canotilho, J.J. y Moreira, V.: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volumen I, 4ª Edición Rev., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volumen II, 4ª Edición Rev., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

Gómez Martínez, C.: *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

Gomez-Arostegui, T.: “Defining Private Life Under the European Convention on Human Rights by Referring to Reasonable Expectations”, (*Cal. W. Int'l L.J.*), Vol. 35, No. 2, May 2005, pp. 153- 202.

González Beilfuss, C.: “la adaptación de las normas de competencia territorial: arts. 50, 52 y 54 nueva LEC”, *AEDIP*, núm. 1, 2001, pp. 339-363

González Campos, J.D.: “La Constitución europea y el derecho internacional privado comunitario: ¿Un espacio europeo de justicia en materia civil complementario del mercado interior?” en la *REEI*, Nº 9 2005, pp. 127-133.

González de Cossío, F.: “Orden público y arbitrabilidad”, *Ars Iuris*, Nº. 40, 2008, pp. 215- 236.

Gould, M.: “Rules in the Virtual Society”, *Int'l Rev. L. Computers & Tech*, vol. 10, Issue 2, 1996, pp. 199- 218.

Graig, P.: “The Lisbon Treaty, Architecture and Substance”, *E.L.Rev*, vol. 33/2, 2008, pp. 137-166.

Grant, D.: “Defamation and the Internet principles for a unified Australian (and World) online defamation”, *J. Stud.*, Vol. 3, nº 1, 2002, pp. 115-132.

Greenleaf, G.: “An Ednote on Regulating Cyberspace: Architecture vs Law?”, *University of NSW Law Journal*, Issue 21 (2), 1998, pp. 593-622.

-“Privacy Principles: Irrelevant to Cyberspace”, *PLPR*, 1996, vol. 3, nº. 6, pp. 114-119.

- “Privacy and Cyberspace: An Ambiguous Relationship”, *PLPR*, 1996, vol. 3, nº 5, pp. 54-100.

Griffiths, J.: “Recapturing Liberated Information: The Relationship Between the United Kingdom’s Freedom of Information Act 2000 and Private Law Restraints on Disclosure”, en P. L. C. Torremans (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, Wolters Kluwer, Austin/Boston/Chicago/N.Y./The Netherlands, 2007, Chapter 16, pp. 399-420.

P. Grimalt Servera, P.: *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2007.

-*La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, Ed. Comares, Granada, 1999.

-“Derecho al honor y a la propia imagen. Libertad de información. Indemnización de los daños causados al honor”, *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 811-824

- “La responsabilidad de los proveedores de información en Internet y la Ley 14/1966, de Prensa e Imprenta”, en AAVV, *Responsabilidades de los proveedores de información en Internet*, Comares, Granada, 2007, pp. 41-81.

Grimmelman, J.: “Saving Facebook”, *Iowa L. Rev.*, núm. 94, 2009, pp. 1137-1206.

Gross, H.: “Privacy and Autonomy”, en *Privacy*, J. Roland Pennock y J. W. Chapman (eds.), *Nomos XIII*, Ed. Atherton Press, New York, 1971, pp. 169-181.

Grupo de Hamburgo, “Comments on the European Commission’s Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to non contractual obligations”, *RebelsZ*, vol. 67, n° 1, 2003, pp. 1-56.

Gurry, F.: *Breach of confidence*, Clarendon Press, Oxford, 1984.

Hadwin, S. y Bloy, D.: *Law and The media*, Sweet & Maxwell, Londres, 2007.

Haftel, B.: “Entre Rome II et Bruxelles I: L’interprétation communautaire uniforme du règlement Rome I”, *JDI*, n° 3, 2010, pp. 761-788.

Hall, M. I.: “Z and Others v. United Kingdom: Human Rights, Private Law Duty, and Children's Access to Public Protection”, *J Soc Welfare Fam Law*, Vol. 24, No. 4, 2002, pp. 448- 462.

Hallett, D. E.: “How to destroy a reputation and get away with it. The communication decency act examined: do the policies and standards set out in the digital millennium copyright act provide a solution for a person defamed online?”, *IDEA*, vol. 41, n° 2, 2001, pp. 259-282.

Harris, J.: “Choice of law in torts: blending in with the landscape of the conflict of laws”, 1998, 61 *Mod. L. Rev*, pp. 33-101.

Hartley, T. C.: “Article 5 (3) of the Brussels Convention”, *E.L. Rev.* 1992, 17(3), pp. 274-276.

-“Choice of Law for non-contractual liability: Selected problems Under The Rome II Regulation”, *ITLQ*, vol. 57, 2008, pp. 899-908.

-“Libel Tourism and conflict of law”, *ICLQ*, vol. 59, 2010, pp. 25-38.

Hayakawa, S.: “Private Law in the Era of Internet”, en J. Basedow/T. Kono, *Legal aspects of Globalization*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000, p. 27-34.

Heinz Ladeur, K.: “Toward a Network-Oriented Law of the Internet! The Necessity to Find a New Balance between Risk and Opportunity in Network Communication”, *Ger. L. J*, vol. 10, n° 9, 2009, pp. 1201-1214.

Heinze, C.: “Choice of Court Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation”, *RabelsZ Bd.* 75 , 2011, pp. 581–618.

Helft, M.: “Google Photos Stir a Debate over Privacy”, *N.Y. Times*, 1 de junio de 2007, disponible en <http://www.nytimes.com/2007/06/01/technology/01private.html>

Hellner, M.: “Unfair Competition and Acts Restricting Free Competition. A Commentary on Article 6 of the Rome II Regulation”, *YPIL*, Vol. IX, 2007, pp. 49-70.

Henry, M. (ed.): *International privacy, Publicity and Personality Laws*, Butterworths, London, 2001.

- *International Privacy, Publicity and Personality Laws*, Butterworths, London, 2001.

Hepple, Howarth & Matthews, *Tort- Cases & Materials-*, Ed. Butterworths, 5ª ed, Londres, 2000.

Hess, B.; Plfeiffer, T. y Schlosser, P.: *The Brussels I Regulation (CE) No 44/2001*, Ed. Verlag C.H. Beck, Munich, 2008.

Heyman, S. J.: “Righting the Balance: An Inquiry into the Foundations and Limits of Freedom of Expression”, *Boston Univ L Rev*, Vol. 78, No. 5, 1998, pp. 1275 – 1392.

Herce de la Prada, V.: *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*, J. Mª Bosh Editor, S.A., Barcelona, 1994.

Heredia Cervantes, I.: *Proceso internacional y pluralidad de partes*, Comares, Granada, 2002.

Hermida del Llano, C.: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos Editorial, Barcelona, 1ª ed. 2005.

Hernández Rodríguez, A.: “Comentario a la SAP de las Palmas de 30 de enero de 2004”, *AEDIPr*, 2005, pp. 642-650.

Herrero-Tejedor Algar, F.: *Honor, intimidad y propia imagen*, Ed. Colex, Madrid, 1994.

Hofmann, J.: “Internet Governance: A Regulative Idea in Flux”, disponible en la página <http://duplox.wzb.eu/people/jeanette/texte/Internet%20Governance%20english%20version.pdf>, última visita el 11 de mayo de 2009.

Hogan, G.: “The Brussels Convention, Forum Non Conveniens and the Connecting Factors Problem”, *E.L.Rev*, vol. 20, nº. 5, 1995, pp. 471-493.

Hohloch, G.: “Place of Injury. Habitual Residence. Closer Connection and Substantive Scope: the Basic Principles”, *YPIL*, vol. IX, 2007, pp. 1-18.

Holand, B.: “Privacy Paradox 2.0 Symposium: Internet Expression in the 21st Century: Where Technology & Law Collide”, *Wieder L.J.*, Vol. 19, Issue 3, 2010, pp. 893-932.

- "The Failure of the Rule of Law in Cyberspace? Revisiting the Normative Debate on Borders and Territorial Sovereignty", *John Marshall J. of Comp. & Info. Law*, vol. 24, Issue 1, 2005, pp.1-34.

Holleaux, D.: "Nota a la Sentencia TGI de París de 18 octubre 1978, *Vasarély dit Yvaral c. Caramel et Ratti*", *Journ. dr. int.*, 1980-4, pp.892- 893.

Honorati, C.: "The law Applicable to Unfair Competition", en A. Malatesta (ed), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and other Non- Contractual Obligations in Europe*, 2006, pp. 127 – 158.

Horn, H.R.: "El Constitucionalismo alemán en las postrimerías del Siglo XX", pp.216-272, Disponible el texto íntegro en <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/648/12.pdf>

Horton Rogers, W.V. (ed.): *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, European Centre of Tort and Insurance Law, Viena, 2001.

- *Winfield & Jolowicz Tort*, Sweet & Maxweel, 18ª ed., Londres, 2010.

- "Art. 10:301. Daño no patrimonial", en M. Martín-Casals (Coord), *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008

Hostettler, N.: "Tongue-in. Cheek: How Internet Defamation Law of the United States & China are Shaping Global Internet Speech", *J. Hight Tech. L.*, vol. 9, 2009, pp. 66-88.

Huber, P. y Illmer, M.: "International Product Liability. A Commentary on Article 5 of the Rome II Regulation, *YPIL*, vol. IX, 2007, pp. 31- 48.

Huet, A.: "Nota a la sentencia TGI París de 20 de febrero de 1992 (asunto *Vincent Lindon c. Soc. Burda GmbH*), *Journ. dr. int.* 1994, p. 168.

- "Nota a la STJUE de 7 de marzo de 1995, *Journ. dr. int.*, 1996-2, pp. 543-550.

- "Nota a la STJUE de 30 de noviembre de 1976, *Journ. dr. int.*, 1977, pp. 728-734.

- "Nota a la STJUE de 15 de febrero de 1989, *Journ. dr. int.*, 1989-2, pp. 461-465.

- "Nota a la sentencia *Cass. com. (première chambre civile)*, 9 décembre 2003, *JDI*, 2004, nº 3, pp. 872-879.

Hughes, G.: "Nowhere to Hide? Privacy and the Internet", *Computers and the Law*, 1996, vol. 29, pp. 21- 46.

Hughes, J., Burrows, J., Smillie, J., Hawes, C. y Beck A.: *The Law of Tort in New Zeland*, 4th ed., Thomson, Wellington, 2005.

Hull, G., Richter Lipford, H. y Latulipe, C.: "Contextual Gaps: privacy Issues on Facebook", *Ethics Inf. Tech.*, 29 Abril 2010, disponible el texto íntegro en <http://www.springerlink.com/content/072730305020wm26/fulltext.pdf>

Igartua Arregui, F.: *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Tecnos, Madrid, 1991.

- "Derecho a la intimidad. Límites. Derecho a la imagen. Indemnización del daño moral. Incongruencia", *CCJC*, número 12, 1986, pp. 4081-4098.

- "Derecho a la propia imagen. Derecho a la intimidad. Derecho de información", en *CCJC*, núm. 18, pp. 973-978.

-“Derecho a la intimidad y derecho al honor. "Exceptio veritatis". Responsabilidad solidaria. "Quantum" de la indemnización”, en *CCJC*, núm. 19, pp. 263-278.

-“El derecho a la imagen en la jurisprudencia española”, en P. Salvador Coderch (Dir.), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 319-338.

Iglesias Buhigues, J. L. y Desantes Real, M. : “La competencia judicial internacional en el proyecto de LOPJ. Diferencias básicas con el Convenio de Bruselas de 1968”, *IX Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, San Sebastián, 1985, pp. 5-29.

Iglesias Buhigues, J. L., Esplugues Mota, *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Innes, J. C.: *Privacy, Intimacy and isolation*, Oxford University Press, New York, 1992.

International Encyclopedia of Comparative Law: Torts, Vol. XI/2, Martinus Nijhoff, E. Tunc (ed.), 1983.

Jaén Vallejo, M.: *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Ed. Colex, 1992.

Jaffey, P.: “Privacy, Confidentiality and Property”, en P. L. C. Torremans (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, Wolters Kluwer, Austin/Boston/Chicago/N.Y./The Netherlands, 2007, Chapter 18, pp. 446-473.

-*Private Law and Property Claims*, Hart Publishing, Oxford, 2007, Capítulos 1 a 3.

Jay, R.: “European court expands image privacy Rights”, *Out-Law.com*, <http://www.out-law.com//default.aspx?page=9764>, visto el 24 de febrero de 2009.

Jiménez Blanco, P. “Acciones de cesación de actividades ilícitas transfronterizas”, *AEDIPr*, 2011 (en prensa).

Jiménez Campo, J.: “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *REDC*, Año nº.2 núm. 20, 1987, pp. 35-82.

Jiménez Fortea, F. J.: “Comentario a la Sentencia TJUE de 27 de septiembre 1988 (arts. 5 y 6 del Convenio Bruselas)”, *RGD*, 1989, pp. 3939-3955

Johnson, D. R. : “The Sovereignty of Electronic Contract”, en U. Immenga, N. Lübben, H. P. Schwintowski (Eds), *Das internationale Wirtschaftsrecht des Internet*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, pp. 23-37.

Johnson, D. R. y Post, D. G.: “Law and borders: The Rise of Law in Cyberspace”, *Stanford L. Rev.*, vol. 48, 1996, pp. 1367-1402.

-“Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace” en U. Immenga, N. Lübben, H. P. Schwintowski (Eds), *Das internationale Wirtschaftsrecht des Internet*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, pp. 171-215.

-“And How Shall the Net Be Governed?: A Meditation on the Relative Virtues of Decentralized, Emergent Law,” en B. Kahin y J. H. Keller (Eds.) *Coordinating the Internet*, Cambridge, 1997, pp. 62–91.

Jones, T. H.: “The devaluation of human rights under de convention”, *Pub. L.*, 1995, pp. 430-449.

Kadner Graciano, T.: *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*; Helbing (Bâle, Genève, Munich) & Lichtenhahn Bruylant (Bruxelles), L.G.D.J. (París), 2004.

-“Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle (règlement Rome II)”, *Rev.cr.dr.int.pr.*, 2008, Vol. 97, núm. 3, pp. 445-511.

-“Freedom to choose the applicable law in torts: Articles 14 and 4 (3) of the Rome II Regulation”, en J. Ahern, W. Binchy (eds.), *The Rome II regulation on the law applicable to non-contractual obligations: A New International Litigation Regime*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2009, pp. 113-132.

Katsch, M. E.: *Law in a Digital World*, Oxford University Press, Oxford – Nueva York, 1995

Kaufmann-Kohler, G.: “Internet: mondialisation de la communication-mondalisation de la résolution des litiges?”, en K. Bolee-Woelki, y C. Kessedjian (dirs.), *Internet. Which Court decides Which Law Applies?*, La Haya, Kluwer, 1998, pp 89-119.

Kaye, P.: “ Place of commission of International Torts: The Substance Test and its Extension to Double Locality”, en S. A. M. McLean (ed), *Compensation of Damage: An International Perspective*, Chapter 8, Dartmouth Publishing, Aldershot, 1993, pp. 165-182.

Kayser, P.: *La protección de la vie privée*, 2ª ed., Paris, Económica, 1990.

Kenyon, A. T.: *Defamation: comparative Law and practice*, UCL, Abingdon, 2006.

Kessedjian, C.: “Electronic data interchange, Internet and electronic commerce”, *Preliminary Document n.º 7* Abril 2000, Hague Conference on Private International Law, The Hague, 2000.

-“Competition”, en C. McLachlan, P. Niygh, *Transnational Tort Litigation: Jurisdictional Principles*, Oxford, 1996.

Kirby, M.: “Privacy in Cyberspace”, *U.N.S.W.L.J.*, Issue 21 (2), 1998, pp. 323-333.

Knutsen, E. S.: “Techno-Neutrality of Freedom of Expression in New Media Beyond the Internet”, *UCLA Ent. L. Rev.*, vol. 8, issue 1, 2001, pp. 87-128.

Koch, B. A.: “The "European Group on Tort Law" and Its "Principles of European Tort Law", *Am. J.Comp.L.* vol. 53, núm. 1, 2005, pp. 189- 206.

- “Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives”, en *Tort and Insurance Law*, nº 25, Vienna/New York, 2009, pp. 197-209.

Kohl, U.: "Eggs, Jurisdiction and the Internet", *ICLQ*, 2002, vol. 51, pp. 555- 582.
- "Defamation on Internet –A Duty Free Zone After All?", *Sidney L. Rev.*, vol. 22, 2000, pp. 119-140.

Kok Yew, G. C.: "Internet defamation and choice of law in *Dow Jones & Company Inc. v. Gutnick*", *Singapore Journal of Legal Studies (SJLS)*, 2003, pp. 483-518

Koops, B.J.: "Should ICT Regulation be Technology-Neutral?", en B. J. Koops, M. Lips, C. Prins, & M. Schellekens, *Starting Points for ICT Regulation: deconstructing prevalent policy one-liners*, TMC Asser Press, Vol. 9, La Haya, 2006, pp. 77-108.

Koziol, H.: "Summary and Outlook" en H. Koziol, A. Warzilek (eds.), *Protection of Personality Rights against Invasions by the Mass Media. Tort and Insurance Law*, vol. 13, 2005, pp. 681- 713.
- "art. 2:102. Intereses protegidos", en M. Martín-Casals (Coord), *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 63-69.

Koziol, H. y Steininger, B. C. (eds.): *European Tort Law 2002*, Springer, Viena, 2003.

Kuipers, J.-J.: "Towards a European Approach in the Cross-Border Infringement of Personality Rights", *Ger. L. J.*, Vol. 12, Nº. 8, 2011, pp. 1681-1706.
- "Party Autonomy in the Brussels I Regulation and Rome I Regulation and the European Court of Justice", *Ger. L. J.* Vol. 10 No. 11, pp. 1505- 1524.

Kunke, C. J.: "Rome II and Defamation: Will the Tail wag the dog", *Emory Int'l L. Rev.*, 2005, Vol. 19, pp. 1733- 1772.

Kozyris, P. J.: "Rome II: Torts Conflicts on the right Track! A Postscript to Symeonides" "Missed Opportunity", *AJCL*, Vol. 56, Núm. 2 (Spring 2008), pp. 471-497.

Kramer, X. E.: "The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European Private International Law Tradition Continued - Introductory Observations, Scope, System, and General Rules", October 15, 2008, *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, No. 4, 2008, pp. 414-424.

Krotoszynski Jr., R. : "Defamation in the Digital Age: Some Comparative Law Observations on the Difficulty of Reconciling Free Speech and Reputation in the Emerging Global Village", *Wash. & Lee L. Rev.*, vol. 62, 2005, pp. 339-353.

Krog, G. P.: Jurisdiction pursuant to the Lugano Convention art. 5.3 applied on defamatory statements in TV broadcasting", *IPRax*, 2004, pp. 154-157.

Ky Chan, G. y Hor, M.: "Internet Defamation and Choice of Law in *Dow Jones & Company Inc. v. Gutnick*", *SJLS*, 2003, pp. 438-518.

Lagarde, P.: "Le principe de proximité Dans le droit International privé contemporain", *R. des C.*, 1986-I, t. 196, pp. 2-238.
- "Nota a la STJUE de 7 marzo de 1995", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1996-3, pp. 495-503.

-“Nota a la Sentencia TGI de París de 19 junio 1974 (Huert)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1974, pp.700-704.
- “Public Policy“, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. II, Capítulo 11, 1994,

Lama Aymá, A. de: *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tesis doctoral, UAB, Barcelona, disponible en <http://ddd.uab.cat/pub/tesis/2004/tdx-1128105-154357/ala1de1.pdf>

Lando, O., Hoffmann, B. V. y Siehr, K. *European Private International Law of Obligations*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975, pp. 42-79

Lanhe-Chala, K.: “Reflexiones sobre el perfil moderno del principio de la autonomía de la voluntad en el sector de las obligaciones derivadas del daño”, *REDI*, vol. LVIII, 2006/1, pp. 331-341.

Laporta, F. J.: *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México D. F., 1995.
-“Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 4, Centro de Estudios Constitucionales y seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 1987, pp. 23-44.

Larenz, K.: “El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana”, *RDP*, 1963, pp. 639- 641.

Leben, C.: “Is there a European Approach to Human Rights”, en P Alston, *The EU and Human Rights*, Oxford, 2000, pp. 69-98.

Légier, G.: “Sources extracontractuelles des obligations. Détermination de la loi applicable”, *J-Cl. dr. int.*, Fasc. 553-1, pp. 1-42.

Leible, S.: “El alcance de la autonomía de la voluntad en la determinación de la ley aplicable a las obligaciones no ocntractuales en el Reglamento Roma II”, *AEDIPr.*, t. VII, 2007, pp. 219-239.

Lessig, L.: “Privacy and Attention Spam”, *Geo. L. J*, núm. 89, 2001, pp. 2063-2072.

Lete del Río, J. M.: *Derecho de la persona*, 3ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1996.

Levi, L.:“The Problem of Trans-National Libel”, *University of Miami Legal Studies Research Paper* No. 2011-11
(http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1795237)

Levin, A. y Sánchez-Abril, P.: “Two Notions of Privacy Online” *Vand. J. Ent. & Tech. L.*, núm. 11, 2008-2009, pp. 1001-1051.

Levine, N.: “Establishing Legal Accountability for Anonymous Communications in Cyberspace”, *Columbia L. Rev.*, vol. 96, 1996, pp. 1540- 1564.

Lezertua, M.: “El derecho a la vida privada y familiar en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Nº 22, Ed. CGPJ, Madrid, 1996, pp. 49-98.

Lima, Pinheiro L. De, *Direito Internaicional Privado*, vol. II, 3ª ed. Almedina, Coimbra, 2009,

Liebman, B. L. "Innovation through Intimidation: An empirical Account of Defamation Litigation in China," *Harv. Int'l L. J.*, vol. 47, 2006, pp. 33-177.

Lindell, G.: "Case note: Regie National Des Usines Renault Sa v. Zhang", *Melb. J. Int. L.*, nº. 3, 2002, pp. 364-382

Lipton, J. D.: "Mapping Online Privacy", *Nw. U. L. Rev.*, vol. 104, nº 2, 2010, Case Legal Studies Research Paper No. 09-24 (agosto 2009) pp. 1-36. Disponible en <http://www.free-books.us/Diverse/272929/Mapping-Online-Privacy>

Llamas Pombo, E.: "Nuevo debate sobre los punitives damages", *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Nº. 101, 2012, pp. 4-7.

Lloyd, I. L.: *Information Technology Law*, Ed. Butterworths, Londres, 1997.

López Díaz, E.: *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 1996.

López García, R.: *Responsabilidad civil por daño moral*, Barcelona, 1990.

López Guerra, L. (VVAA), *Derecho constitucional, Vol. I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

López Guerra, L.: "La libertad de información y el derecho al honor", ejemplar dedicado a la: *Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades fundamentales*, Poder Judicial, número extra 6, 1989, pp. 285-298.

López-Monis Gallego, M.: "Ámbito de aplicación de la nueva LSSI", AAVV, *Derechos de Internet (La LSSI)*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003, pp. 25-64.

López-Tarruella Martínez, A.: *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad intelectual e industrial*, ed. Dykinson, Madrid. 2008.

Loussouarn, Y. y P.Bourel, P.: *Droit international privé*, Dalloz, 7ª ed. París, 2001.

Loveland, I.: *Political Libels*, Hart Publishing, Oxford, 1999.

Lozano Cutanda, B.: "La ecologización de los derechos fundamentales: la doctrina López Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro TC", *REDE*, nº 1 (2002), pp. 175-205.

Lucas-Schloetter, A.: *Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit comparé français et allemand*, P.U.A.M., Provenza, 2002.

MacKinnon, W.: "Discarding Reasonable Expectations of Privacy: A Critique of R. v. Patrick"; *Alta. L. Rev.*, vol. 47 (2009-2010), pp. 1037-1046.

Macías Castillo, A: “Alcance y contenido del derecho al honor. Análisis de la STS 25 de febrero de 2008”. *Actualidad Civil (La Ley)*, 2008 sept. (Nº. 16), pp. 1808-1811.

-“Colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor”, *AC*, 2005 sept. (Nº. 15), pp. 1902-1906.

-“Derecho al honor y libertad de expresión e información”, *AC*, 2006 oct. (Nº. 18), pp. 2234-2243.

-“Protección civil del honor, la intimidad personal y familiar y del derecho a la propia imagen: Análisis de la STS de 25 de septiembre de 2008”; *AC*, Nº 2, 2009, p. 3.

Magnus, U.: “Chapter II, Secc. 7 Prorrogation of jurisdiction”, en P. Mankowski, U. Magnus (eds.), *European commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, Sellier (European law publishers), Munich, 2007, pp. 436-527.

-“Introduction”, en P. Mankowski, U. Magnus (eds.), *European commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, Sellier (European law publishers), Munich, 2007, pp. 4- 46.

- “Art. 10:101. Naturaleza y objeto de la indemnización”, en M. Martín-Casals (Coord), *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 202-206.

- “Tort Law in General”, *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, J. M. Smits, E. Elgar (eds.), Cheltenham, UK-Northampton, 2006, pp. 719-729.

Magnus, U. y Mankowski, P. (eds.): *European commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation. 2nd Revised Edition*, Sellier (European law publishers), Munich, 2011.

Malatesta, A.: (Ed.), *The unification of choice of law rules on Torts and other non-contractual obligations in Europe*, en *Studi e Pubblicazioni della rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Nº 63, Ed. CEDAM, Padova, 2006.

Malinvaud , P.: *Droit des obligations*, Editions LexisNexis Litec, 9º ed, Paris, 2005.

Mankowski, P.: “Sección 2, Special Jurisdictions: Article 5”, en P. Mankowski, U. Magnus (eds.), *European commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation. 2nd Revised Edition*, Sellier (European law publishers), Munich, 2011, pp. 88- 284.

Mantia Portilla, J.: “Rapport espagnol”, Justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supra-nationale: A qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe? XXe Table Ronde Internationale, Aix-en- Provence, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XX (2004), pp. 185-212.

Mari, L.: “Problemática del forum damni nella convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza guirisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale”, en VV. AA., *Mélanges Fritz Sturm*, volumen segundo, Liège 1999, pp. 1573-1590.

Maridakis, G. S. : Les principaux traits de la récente codification hellénique touchant le droit international privé”, *R. des C.*, vol. 85,1954-I, pp. 107-238.

Marín López, A.: “La responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado frente a los extranjeros”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1378-1400.

Marín Rebollo, L.: “La responsabilidad de las Administraciones públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica”, *Doc. Adm.*, núm. 237-238, 1994, pp. 11-104.

Marino, L.: “Les contrats portant sur l’image des personnes”, *Communication Commerce Electronique*, nº 3, marzo 2003, pp. 1-12.

Markesinis, B., Coester, M., Alpa, G. y Ullstein, A.: *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law: A Comparative Outline*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

Martín Reyes, M^a A.: “Los servicios de la sociedad de la información: Ámbito coordinado y sujetos de los mismos”, Sección Doctrina, *RCE*, Núm. 41, Septiembre 2003 (<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/sociedad-ambito-coordinado-sujetos-mismos-190845>).

Martín-Casals, M. (Coord), *Principios de Derecho europeo de la Responsabilidad Civil*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

- “Los principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil del European Group on Tort Law”, en M. Martín-Casals (Coord), *Principios de Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 41-48.

- “La “modernización” del Derecho de la responsabilidad extracontractual”, comunicación enmarcada dentro de las jornadas de la APDC de 17 de marzo de 2011, celebradas en la Universidad de Girona, texto íntegro disponible en <http://www.derehocivil.net/jornadas/APDC-2011-PONENCIA-CASALS.pdf>

- “Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor”, en P. Salvador Coderch (Dir.), *El mercado de las Ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 382-409.

Marín de la Bárcena Garcimartín, F.: ” Principales actos de competencia desleal”, *EOI*, publicado en línea (02.09.2010), disponible texto íntegro en la página http://www.eoi.es/savia/pubman/item/eoi:45535:5/component/eoi:45534/D_ActosCompetenciaDesleal_MarinDeLaBarcena.pdf

Marmisse, A. y Wilderspin, M.: “Le régime jurisprudentiel des mesures provisoires à la lumière des Arrêts *Van Uden* et *Mietz*”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, p. 669-683.

Martín-Retortillo Baquer, L.: “El ruido de los grandes aeropuertos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid: Civitas, 1996, pp. 5389-5404.

- “La defensa cruzada de derechos: la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *R EDA*, num. 132, 2006, pp. 727-746.

Martínez de Aguirre Aldaz, C. (VVAA), *Curso de Derecho Civil (I): Derecho Privado. Derecho de la Persona*, 2^a ed., Colex, Madrid, 2001.

Martínez Campo, J. T.: “El carácter territorial de los criterios de atribución de la competencia judicial internacional tradicionales ante la nueva Sociedad de la Información”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* (Universidad - Central de Venezuela), 2002.

Martínez Martínez, R.: “Protección de datos personales y redes sociales: un cambio de paradigma”, en A. Rallo Lombarde y R. Martínez Martínez (Coords.), *Derecho y redes sociales*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 83-116.

Martínez de Pisón Cavero, J. M^a.: *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1993.

Massaguer Fuentes, J.: *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Editorial Civitas, 2^a ed., Madrid., 2010.

-*El nuevo Derecho contra la competencia desleal*, Civitas -Thomson, Madrid, 2006.

Massimini, M.: *Il diritto alla privacy. Motivi ed aspetti di una tutela problematica*, Cooperativa Libreria IULM, Milán, 2002.

Matulionyte, R.: “An Analytical Comparison of the Applicable Law Rules in the ALI, CLIP, Transparency, KOPILA and Joint JK Proposals”, (sin publicar) en esp. pp. 67-73.

Matulionyte, R., y Nérison, S.: “The French Route to an ISP Safe Harbour, Compared to German and US Ways”, *IIC*, vol. 42, 2011, pp. 55-73.

Mayss, A.J.: *Principles of conflict of law*, 3 ed., Cavendish Publishing Limited, UK, 1999.

- “Statutory Reform of Choice of Law in Tort and Delict: A Bitter Pill or a Cure for the Ill?”, *Web J.C.L.I.*, 1996, disponible en <http://www.ncl.ac.uk/~nlawwww/1996/issue2/mayss2.html>.

Mayer, P.: *Droit international privé*, París, 1998.

Mayer, P. y Heuzé, V.: *Droit international privé*, París, 8^a ed., 2004.

McCarthy, T. J.: *The Rights of Publicity and Privacy*, Ed. Clark Boardman, 2^a ed., New York, 2000.

McClurg, A. J.: “Kiss and Tell: Protecting Intimate Relationship Privacy Through Implied Contracts of Confidentiality”, *U. Cin. L. Rev.*, núm. 74, issue 3, 2005- 2006, pp. 887-940.

McCrudden, C.: “La protección de los derechos humanos en el Reino Unido”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año n° 1, n° 2, 1993-1994, pp. 427-454.

- McGregor, H.: *Damages*, 17ª ed. Thomson, Sweet & Maxwell, Londres, 2003.
- Mc. Luhan, M y Powers, B. R.: *The Global Village: Transformations in World Life and Media in the 21st Century*, Oxford University Press, New York, 1989.
- McMahon, M.: “Defamation Claims in Europe: A survey of the legal Armory”, 19 *Comm. Law* 24, WTR (2002).
- Menéndez, A. J. “Fundamentando Europa. El impacto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, N. Fernández Sola (Coord.): *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 93-126.
- Mengozi, P. *Diritto Internazionale Privato italiano*, Torino, 1983.
- Mieres Mieres, L.J.: *Intimidad personal y familiar. Prontuario de jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2002.
- Miguel Asensio, P. A. de: *Derecho Privado de Internet*, Madrid, Civitas, 4ª ed., 2011.
- *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, Madrid: Iustel, 2005
 - “Recognition and Enforcement of Judgments in Intellectual property Litigation: The CLIP Principles”, J. Basedow, T. Kono and A. Metzger (eds.), *Intellectual Property in the Global Arena-Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgements in Europe, Japan and the US*, Mohr Siebek, Tubinga, 2010. Disponible el texto íntegro en: <http://eprints.ucm.es/9841/1/PdeMiguelREC-ENF-CLIP.pdf>
 - “Social Networking Sites: An Overview of Applicable Law Issues”, *AIDA*, vol. XX, 2011, pp. 3-38.
 - “El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista española de seguros*, nº 140, 2009, pp. 695-726. Disponible texto íntegro en <http://eprints.ucm.es/10113/1/RES09pdemiguelasensio.pdf>
 - “Applicable Law in the Absence of Choice to Contracts relating to Intellectual or Industrial Property Rights”, *Yearbook PIL*, vol. X. 2008, pp. 199-219.
 - “Marco regulador de la actividad internacional de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en *Cuestiones actuales de Derecho y tecnologías de la información*. Thomson-Aranzadi, Navarra, pp. 298-319.
 - “Directiva sobre el comercio electrónico: determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas”, *Revista de la contratación electrónica*, Núm. 20, octubre 2001, pp. 3-40.
 - “Competencia judicial y protección de los derechos de la personalidad en Internet”, *La Ley*, Nº 7787, 31 Ene. 2012,
 - “The Private International Law of Intellectual Property and Unfair Commercial Practices: Convergence or Divergence?”, en S. Leible y A. Ohly, *Intellectual property and private International Law*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2009, pp. 137- 190.
- Miguel Perales, C. de: *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, ED. Civitas, Madrid, 1994.
- Miller, J. M.: “Dignity as a New Framework, Replacing the Right to Privacy”, *Thomas Jefferson Law Review*, Vol. 30, No. 1, 2007, pp. 1-52.

Miller, R.: "The Internet in Twenty Years: Cyberspace, the Next Frontier?", *Foresight*, vol. 1, nº 5, 1999, pp. 467-472.

Miller, T.: "Law, Privacy and Cyberspace", *Communications Law*, vol. 1, nº. 4, 1996, pp. 143- 148.

Mill, J. S.: *Sobre la Libertad/On Liberty*, Yale University Press, Buffalo, 2003.

Milmo, P., Rogers W.V.H. y Parkes, R. (eds.): *Gatley on Libel and Slander*, Sweet & Maxwell, 11ª ed., Londres, 2008.

Mirmira, S.: "V. Business Law: 1. Electronic Commerce: a) Internet Service Provider Liability: Lunney v. Prodigy Services Co.", *Berkeley Tech.L.J.*, nº 15, 2000, pp. 437-466.

Mitter, R.: "A Short History of Free Speech In China", *Thre New Internationalist*, 7 de oct. 2008, disponible en <http://www.webcitation.org/5edo26f62>

Montero Aroca, J.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley nº 60/2003, de 23 de diciembre*, Thomson Civitas, Madrid, 2004

Montoya Menglar, A.: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995.

Morales García, O.: "Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información", en *Contenidos ilícitos y Responsabilidad de los prestadores de Servicios de Internet*, Colección: Revista de Derecho y Proceso Penal (Monografía), Aranzadi, núm. 8, 2002, pp. 163-210.

Moreham, N. A.: "Case: *Douglas and others v Hello! Ltd.* The Protection of Privacy in English Private Law", *Mod. L. Rev.*, Vol. 64, Issue 5, 2001, pp. 767-774.

Morris, J. H. C.: *Conflict of Laws*, 5ª ed. D. McClean (ed.), London, 2000.
- "The proper Law of a Tort", 64 *HLR*, 1951, pp. 881-895.

Morse, C. J. J.: "Torts in Private International Law: A new Statutory Framework", *ICLQ*, vol. 45, núm. 4, 1996, pp. 892-893.

Moura Vicente, D.: *Direito Internacional Privado, Ensaios*, Vol. I. Almedina, Coimbra, 2002.

-*Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2001.

Mourre, A., "Arbitrabilidad del Derecho antimonopolio desde la perspectiva europea y estadounidense", *Arbitraje*, vol. II, nº 1, 2009, pp. 81-138.

Muir Watt, H.: "Mesure provisoire et conservatoire de nature civile", *Rev. crit. dr. int. pr.*, Vol. 93, Nº 4, 2004 , pp. 815-824

Muñoz Machado, S.: "Los límites constitucionales de la libertad de empresa" en *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo* / coord. por Luis Cosculluela Montaner, Civitas, 2003, pp. 139-164.

- *La regulación de la red: poder y derecho en Internet*, Madrid, Grupo Santillana, D.L. 2000

Muñoz Sabaté, L.: “La Ley de arbitraje: un campo sembrado de minas”, en *Arbitraje, mediación, conciliación. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ*, Madrid, 1995, pp. 203-204

Murphy, R.S.: “Property Rights in Personal Information: An Economic Defense of Privacy”, *Geo. L. J.*, vol. 84, 1996, pp. 2381-2417.

Myers, K. S.: “Wikimmunity: Fitting the Communications Decency Act to Wikipedia”, *HJLT*, Vol. 20, 2006-2007, pp. 163-208.

Naughton, E. J.: “Is cyberspace a public forum? Computer bulletin boards, free speech and state action”, *Geo. L. J.*, nº 81, 1992, pp. 409-441.

Neocleous, A.: *Introduction to Cyprus Law*, Yorkhill Law Publishing, Limassol, 2000.

Netanel, N.: “Alienability Restrictions and the Enhancement of Author Autonomy in United States and Continental Copyright Law”, *Cardozo Arts & Ent LJ*, vol. 12/I, 1994, pp. 1-78.

Niboyet, M. L.: “La révision de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le Règlement du 22 décembre 2000”, *Gaz. Pal. I*, Doctrine, 2001, pp. 943 y ss.

Nishitani, Y.: “Copyright Infringement on the Internet and Service Provider’s Liability – A Japanese Approach from a Comparative Perspective”, en A. Schulz (ed.), *Legal Aspect of an E-Commerce Transaction*, Muchich, 2006, pp. 41-53.

Nissebaum, H.: “Privacy as Contextual Integrity”, *Wash. L. R.*, núm. 79, issue 1, 2004, pp. 119-157.

Norrie, K. M.: *Defamation and Related Actions in Scots Law*, Butterworths, Reino Unido, 1995.

North, P. M.: “Private International Law: Change or Decay”, *ICLQ*, vol. 50, 2001, pp. 477-508.

- “Reform, but Non Revolution”, *R. des C.*, t. 220, 1990-I, pp. 206-256.

North, P. M y Fawcett, J.J.: *Cheshire and North’s Private International Law*, 13ª ed. London/Ediburgo/Dublin, 1999

Nourissat C. y Treppoz, E.: “Quelques observations sur l’avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ‘Rome II’”, *Journ.dr.int*, Vol. 130, nº 1, pp. 7-38.

Nygh, P. y Butt, P.: *Butterworths Concise Australian Legal Dictionary*, Ed. Butterworths, 2ª ed., Sydney, 1998.

O'Callaghan Muñoz, X.: *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad y propia imagen*, Ed. Edersa, Madrid, 1991.

-*Compendio de derecho civil*, t. I: *Parte general*, Madrid, Edersa, 1986, p. 189.

O'Loughlin, E. D., "The Times They Are A-Changin': Personal Jurisdiction in Cyberspace", *Mo. L. Rev.* vol. 66, 2001, pp. 623-648.

Ollier, P.D. y Le Gall, J.P.: "Violation of the rights of the personality", Chapter 10 (Various Damages), apartado 10-70, en E. Tunc (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*, Vol. XI/2, Martinus Nijhoff, 1983.

Oró Martínez, C.: "Las acciones declarativas negativas y el artículo 5.3 Reglamento Bruselas I", *AEDIPr*, 2011 (en prensa).

Orti Vallejo, A.: *Derecho a la intimidad e informática*, Granada 1994.

Osorio Iturmendi, L.: "Artículo 18", en vv. aa., *Comentario a la Constitución: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995.

Oswald, L. J.: "International Issues in Secondary Liability for Intellectual Property Rights Infringement", *ABLJ*, vol. 45, 2008, pp.247-282.

Otero García-Castrillón, C.: "Problemas de aplicación de las normas de competencia judicial internacional en el Derecho español y comunitario: Reflexiones entorno al *forum non conveniens*", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 94, 2000, pp. 99-128,

Overbeck, A. E. von y Volken, P.: "Les actes illicites dans l'Avant-Projet de la CEE", O. Lando, B. V. Hoffmann, K. Siehr, *European Private International Law of Obligations*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975, pp. 165-180.

Overbeck, A. E. von, "Les règles de la loi fédérales suisse sur le droit international privé (LDIP) en matière d'actes illicites", *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho internacional público y Derecho internacional privado*, AEPDIRI, Alicante, 1990, pp. 487-503.

Overstraeten, T. van: "Droit applicable et juridiction compétente sur Internet", *IBLJ*, 1998, pp. 373-397.

Pace, A.: "Derecho a la propia imagen en la sociedad de los *mass media*", *REDC*, Año 18, núm. 52, enero-abril 1998, pp. 33-52.

- "Nuove frontiere della libertà di "comunicare riservatamente" (o, piuttosto, del diritto alla riservatezza?)", en *Giur. cost.*, n.º. 38, 1993, pp. 46-68.

- *Problemática delle libertà costituzionali. Parte speciale*, 2ª ed., Cedam, Padua, 2002.

Palao Moreno, G.: *Responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

- *La Responsabilidad Civil por daños al medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

-“La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968: el caso del art. 5.3”, A. Borrás Rodríguez (ed.), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Madrid, 1998, pp. 317-323.

-“Las reglas generales relativas a la determinación de la ley aplicable a los hechos dañosos, a la vista de los objetivos del Reglamento (CE), núm. 864/2007, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”), en *Hacia un Derecho conflictual europeo. Realizaciones y perspectivas*, Centro de Documentación europea de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008, pp. 65-80.

- “El lugar del arbitraje y la deslocalización del arbitraje comercial internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIV, núm. 130, enero-abril 2011, pp. 171-205.

- “La aplicación de la regla forum delicti commissi (el art. 5.3 del Convenio de Bruselas de 1968) en supuestos de difamación por medio de prensa” (Comentario de la STJUE de 7 marzo de 1995, en el asunto C-68/93, Fiona Shevill y otros c. Presse Alliance, S.A.); *Noticias de la Unión Europea*, Nº 141, 1996, pp. 75-82.

- “Hacia la unificación de las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales en Europa (Una visión crítica del Anteproyecto de propuesta de Reglamento Roma II)”, en *Derecho Patrimonial Europeo*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 271-301.

-“Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet, *Cuestiones de Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs)*, Cizur Menor, 2006, pp. 275-297.

-“La ley aplicable a la responsabilidad civil del médico en Derecho Internacional privado español”, *Anuario de Derecho Civil*, 1997, pp. 1793-1815.

Palazón Garrido, M. L.: “La protección *post mortem* del contenido patrimonial del derecho a la propia imagen (consideraciones al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 1 de diciembre de 1999: caso “Marlene Dietrich”)”, *AC*, nº. 20, mayo 2003, pp. 495-520.

Pantaleón Prieto, F.: “Art. 1902”, *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1970-1975.

Paredes, J. I.: “Sobre la conveniencia de una norma de conflicto bilateral sobre competencia desleal”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 427-440.

Pardo Falcón, J.: “Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *REDC*, nº 34, 1992, pp 141-180.

Pascual Medrano, A.: *Los derechos fundamentales y la nueva Ley de protección al menor*, en *La Protección Jurídica del menor*, (coord. I. García Serrano), Ed. Junta de Castilla y León, 1997.

Pastor Ridruejo, J.A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Ed. Tecnos, 14ª ed., Madrid, 2010.

Pataut, E.: “Nota a la STJUE, Sala 1ª, Asunto C104/03, de 28 de abril de 2005”; *Rev. crit. dr. int. pr.*, Vol. 94, Nº 4, 2005, pp. 742-753.

- Nota a la STJUE, Sala 6ª, Asunto C-18/2002, de 5 de febrero de 2004, *DFDS Torline A/S c. Seko Sjöfolk Facket för Service och Kommunikation*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, Vol. 93, Nº 4, 2004, pp. 791-807.

Patocchi, P. M.: “L’acte illicite et l’enrichissement illégitime dans le nouveau droit international privé suisse”, en P. M. Patocchi, A. C. Imhoff-Scheier, *Torts and Unjust Enrichment in the New Swiss Conflict of Laws*, Schulthess Polygraphischer, Zurich, 1990.

Pavelka, T.: “The concept of “directed website” –a jurisdictional phenomenon clarified? Crosss-border consumer and tort victim protection in light of recent ECJ jurisprudence”, *Elsa Malta L. Rev.*, Edition I, 2011, pp. 166, 176.

Paz Ares, C.: “El comercio electrónico (una breve reflexión de política legislativa)”, en R. Mateu de Ros y J.M. Cendaya (Coords), *Derecho de Internet*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 85-9

Pearson, H.: “Liability of bulletin board operators”, *CTLR*, Vol. 2, 1995, pp. 54-57.

Peces-Barba Martínez, G., Llamas Cascón, A. y Fernández Liesa, C.: *Textos Básicos de Derechos Humanos. Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*; Ed. Aranzadi, Navarra, 2001.

Pecourt García, E.: “La ley penal extranjera ante el Juez del foro”, *REDI*, 1970-1, pp. 9-18.

Peguera Poch, M.: “Sólo sé que no sé nada (efectivamente)”: la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI, dentro del marco del Monográfico «III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas», IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*, Nº 5, Universidad Oberta de Cataluña, septiembre 2007, (<http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/peguera.pdf>)

- *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, 2007, Comares Granada,

- “La exclusión de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet”, *Contenidos Ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet*, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, monografía núm. 8, 2002, pp. 25-64.

- “Publicidad online basada en comportamiento y protección de la privacidad”, en A. Rallo Lombarte y R. Martínez (Dirs.), *Derecho y redes sociales*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 355-380.

Perales Viscasillas, P.: *Arbitrabilidad y convenio arbitral: Ley 60/2003 de arbitraje y derecho societario*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005

Pereda Lozano, H. E.: “Actos de denigración. Precedente “Mactel”, *ALIBCI*, 05/05, 2011 (visto por última vez el 10 de octubre de 2011). <http://alibci.wordpress.com/2011/05/05/actos-de-denigracion-precedente-mactel>

Pérez-Cruz Martín A. J. y Seoane Spiegelberg, J. L.: *Derecho procesal civil*, Andavira, Coruña, 2011

Pérez Luño, A.: *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1992

-*Los derechos fundamentales*, 3ª ed. Tecnos, Madrid, 1988.

Pérez Royo, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, 9ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003.

Pérez Tremps, P.: “Artículo 41”, en J. L. Requejo Pagés (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid: Tribunal Constitucional/ BOE, 2001, pp. 639-642.

-“La interpretación de los derechos fundamentales”, en *Estudios de Derecho Constitucional: homenaje al profesor D. Joaquín García Morillo*, L. M. López Guerra, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 119-134.

-*Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de estudio Constitucionales, Madrid, 1985.

Perreau, E.: “Des droits de la personnalité”, en *Rev. trim. dir. civ.*, vol. 8, 1909, pp. 501-536

Perreau-Saussine, L.: “Les mal aimés du règlement Rome 2: Les délits commis par voie de media”, *Recl. Dalloz*, mayo 2009, pp. 1647-1649.

Perrit, Jr., H. J.: “Jurisdiction in Cyberspace”, *Vill. L.J.*, núm. 41, diciembre 1996, pp. 1-128.

Perry, G. M.: “Personal Jurisdiction in Cyberspace: Where Can You be Sued, and Whose Laws Apply?”, *7 Media L. & Policy*, vol VII, nº. 1, (1998), pp. 1-13.

Pertegás Sender, M.: “Chapter II. Jurisdiction: Section 10 –Provisional, including protective, measures”, en P. Mankowski, U. Magnus (eds.), *European commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*. 2nd Revised Edition, Sellier (European law publishers), Munich, 2011, pp. 609- 620.

Phillipson, G., Fenwich, H.: “Breach of Confidence as a Privacy Remedy in the Human Rights Act Era”, *Mod. L. Rev.*, vol. 63, Issue 5, 2000, pp. 660-693.

Phillipson, G.: “Transforming Breach of Confidence? Towards a Common Law Right of Privacy under the Human Rights Act”, *Mod. L. Rev.*, vol. 66, 2003, pp. 726-758.

Pi Llorens, M.: *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel Derecho, Barcelona, 2004 (2ª ed.), pp. 78-115.

Picó Lorenzo, C.: “La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Unión Europea Aranzadi*, nº 11, 2009, pp. 21-35.

Picotti, L.: “Aspectos supranacionales de la responsabilidad penal de los proveedores de acceso y servicio en Internet”, en *Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet*, Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001, disponible en <http://www.uoc.edu/in3/dt/20082/index.html>

- "Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet", en *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2, Giuffrè, Milán, 1999, pp. 283-334

Plaza Penadés, J.: *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Pocar, F.: "Le lieu du fait illicite dans les conflits de lois et de jurisdictions", *Travaux Com. Fr. Dr. int. pr.*, 1985-1986, pp. 71-88.

Pocar, F. (VVAA), *Commentario del nuovo Diritto internazionale privato*, Cedan, Padova, 1996.

Post, R. C. "Three Concepts of Privacy", *Geo L.J.*, 2001, pp. 2087-2098, discussing J. Rosen, *The Unwanted Gaze : The Destruction of Privacy in America*, Random House, 2000.

Price, D., Doudu, K. y Cain, N.: *Defamation: Law, procedure & practice*, Sweet & Maxwell, 4 ed, Londres, 2010.

Prosser, W. L.: "Interstate publication", *Mich. L. Rev.*, nº. 51, 1953, pp. 959- 1000.
- *Handbook the Law of Torts*, West Pub. Co; 4th ed., Minnesota, 1971.

Prosser, W. L. y Page Keeton, W.: *The Law of Torts*, 5ª ed. Ed. St. Paul, Minn. West Publishing Co., Minesota, 1984.

Pugliatti, S.: *La trascrizione. La pubblicità in générale*, Giuffrè, Milán, 1957.

Quadra-Salcedo, T. de la: *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Ed. Civitas, Madrid, 1981.

Quadri, R.: "Note sui diritti della personalita nel diritto internazionale privato", en *Scritti giuridici II*, Milano, Giuffrè, 1988, pp.777-788.

Quiñones Escamez, A.: *El foro de la pluradidad de demandados en los litigios internacionales*, Eurolex, Madrid, 1996.

Quintano Ripollés, A.: *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, t- II, Madrid, 1957

Raifeartaigh, U. N.: "Fault Issues and Libel Law - A Comparison between Irish, English and United States Law"; *ICLQ*, Vol. 40, 1991, pp. 763- 783.

Ragno, F.: "The Law Applicable to Consumer Contracts under the Rome I Regulation", en F. Ferrari y S. Leible (eds.), *Rome I Regualtion (The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe)*, Sellier, Munich, 2009, pp. 128-170.

Rallo Lombarte, A. y Martínez , R. (Dirs.): *Derecho y redes sociales*, Civitas, 2010, Madrid.

Ramos Muñoz, D., “Los árbitros y el poder para dictar condenas no pecuniarias”, *Arbitraje*, vol. I, nº 3, pp. 659- 722.

Ravanas, J.: “Droits de la personnalité et justice contractuelle: le rayonnement de l’article 9 du code civil dans un esemble contractuel”, en *Recl. Dalloz.*, 2000, nº 16, pp. 347- 365

Rebollo Delgado, L.: *El derecho fundamental a la intimidad*, Ed. Diynson, 2ª ed. Madrid, 2005.

Reglero Campos L. F. (coord.): *Tratado de Responsabilidad civil*, T. III, 4ª ed., Thomsom-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

Reidenberg, J. R.: “Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace”, *Emory L.J.*, vol. 45, issue 3, 1996, pp. 911- 930.

Rescigno, P.: *Trattato di Diritto Privato*, vol. I., Turín, 1982.

Redacción Diario LA LEY, “Diez cosas que conviene saber sobre las redes sociales”, *La Ley*, Nº 7140, 23 Marzo, 2009.

Reed, A.: “The Anglo-American Revolution in Tort Choice of Law principles: Paradigm Shift or Pandora’s Box”, *Arizona J.Int. & Comp. L.* vol. 18, nº. 3, 2001, pp. 932-933,
(<http://www.law.arizona.edu/Journals/AJICL/AJICL2001/vol183/ReedArticle.pdf>.)

Reindl, A. P. “Choosing Law in Cyberspace: Copyrights conflicts on Global Networks”, *Mich. J. Int’l L.*, vol. 19, Spring 1998, pp. 799-871.

Requejo, M.: “Country of Origin Versus Country of Destination and the Need for Minimum Substantive Harmonisation”, disponible en <http://conflictoflaws.net/2010/country-of-origin-versus-country-of-destination-and-the-need-for-minimum-substantive-harmonisation/>
- *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, De conflictu legum: Estudios de Derecho internaiconal Privado, Universidad de Santiago de Compostela, 2006.

Rest, A.: *Convention on compensation for transfrontier environmental injuries. Draft and explanatory notes*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1976.

Resta, G.: *Autonomia privata e diritti della personalità : [il problema dell sfruttamento economico degli attributi della persona in prospettiva comparatistica]*, Ed. Jovene, Nápoles, 2005.

Reynaud, P.: “Chronique : droit de la presse sur internet”; *Droit & Technologies - Le Portail du Droit des Nouvelles Technologies (Actualité: droit de la press sur Internet)*, <http://www.droit-technologie.org/actuality/details.asp?id=1165>, visto el 27/10/2008.

Ridolfi, C.: *Persona e mass media: la tutela della persona nelle trasmissioni televisive tra autonomia contrattuale e diritti fondamentali*, Ed. CEDAM, Padova, 1995.

Rigaux, F.: “L’élaboration d’un “right of privacy” par la jurisprudence américaine”, *RIDC*, 1980, vol.XXXIII, pp.701-730

-*La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant, Bruxelles et L.G.D.J., Paris, 1990.

Ripol Carulla, S. : *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier. Libros Jurídicos, Barcelona 2007.

Roberts, S. A.: “Damages - Recovery of Punitive Damages Held Unconstitutional in Defamation Action Where Plaintiff Is a Public Figure and Liability Is Based on Actual Malice”, *Cumb. L. Rev.*, vol. 6, 1975-1976, pp. 267- 274.

Rodriguez, M.: *Reexamining Section 230 of the CDA and Online Anonymous Speech: Defamation on the Internet and the Websites That Facilitate It*, tesis disponible en <http://www.bc.edu/schools/cas/communication/metaelements/pdf/thesis09.rodriguez.pdf>

Rodríguez Bereijo: A, “El valor jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea después del Tratado de Niza”, en E. García de Enterría (dir.) y R. Alónso García (subdir.): *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid: Civitas, 2002, pp. 212-213.

Rodríguez Guitán, A. M.: *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Ed. Motecorvo, S.A., Madrid, 1996.

Rodríguez Lainz, J. L.: “Dirección IP, IMSI e intervención judicial de comunicaciones electrónicas”, *La Ley*, Nº 7086, Sección Doctrina, 2 Ene. 2009.

Rodriguez Pineau, E.: “Ley aplicable a la responsabilidad derivada de los actos contrarios a la libre competencia”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 447-463.

- “Punitive damages y orden público ¿comunitario?”, *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor D. Julio González Campos*, T. II, madrid, UAM-Eurolex, 2005, pp. 1741-1764.

Rodríguez Vergara Díaz, A. *Integración y Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001.

Rogel Vide, C.: *Los derechos de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, 1985.

- “Notas sobre el llamado efecto 2000, la hipotética responsabilidad del fabricante y otras cuestiones”, *RGLJ*, 1999, nº 1, pp. 59-73

Rogerson, P.: “Chapter I. Scope”, en U. Magnus, P. Mankowski, *European commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, Ed. European Law Publishers, 2º ed. Rev. Munich, 2012, pp. 46- 75.

- “Choice of Law in Tort: A Missed Opportunity?”, *ICLQ* , vol. 44, núm. 3, 1995, pp. 650- 658.

Rolph, D.: *Reputation, Celebrity and Defamation Law*, Ed. Ashgate Publishing, Limited 2008, e-book disponible el texto integro en la página web: <http://site.ebrary.com/lib/uon/docDetail.action>.

- "Publication, Innocent Dissemination and the Internet after Dow Jones & Co Inc v Gutnick", *U.N.S.W.L.J.*, Vol. 33, No. 2, 2010, pp. 562-580 (*Sydney Law School Research Paper* No. 10/105).

Roig, A.: "E-privadesa i xarxes socials", *IDP*, núm. 9/2009, UOC, pp. 42-52; disponible el texto completo en la página web <http://idp.uoc.edu>

Rovira Suerio, M. E.: *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Cedecs Editorial, Barcelona 1999.

Royo Jara, J.: *La protección del derecho a la propia imagen*, Ed. Colex, Madrid, 1987.

Rubellin-Devichi, J.: "Jurisprudence française en matière de Droit civil: A. Personnes et droits de famille", *Rev. trim. dr. civ.*, n. 87, vol. 4, enero.marzo 1988, pp. 79-103.

Rubinfeld, J.: "The Right of Privacy", *HLR.*, 1989, vol. 102, pp. 737-807.

Rubí Puig, R.: "Derecho al honor *online* y responsabilidad civil de ISPs", *InDret* 4/2010, 2010, texto íntegro disponible en la página web <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/226176/307749>

Rubio Llorente, F.: "la Carta Europea de los Derechos", en la Revista *Claves de Razón práctica*, Madrid, mayo 2002, nº 122, pp. 4-11

Ruíz de Miguel, C. *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1994.

- La configuración constitucional del derecho a la intimidad, Tecnos, Madrid, 1995.

Rühl, G. "Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency", 3 *CLPE Research paper*, nº 1 4 (2007).

Ruiz Sanz, M.: *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Dykinson, Madrid, 2002.

Rustad, M. L. y Koeing, T. H.: "Rebooting Cybertort Law", 80 *Wash. L. Rev.*, 2005, pp. 335- 416.

Rushworth, A.: "Remedies and the Rome II Regulation", en J. Ahern, W. Binchy (eds.), *The Rome II regulation on the law applicable to non-contractual obligations: A New International Litigation Regime*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2009, pp. 199-218.

Sainz Arnaiz, A.: *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la constitución española*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

Salvador Coderch, P.: *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Madrid, Tecnos, 1991.

-*El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1990.

-*El derecho a la libertad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

-“Punitive damages”, *InDret* 01/2000, *disponible texto íntegro en* http://www.indret.com/pdf/013_es.pdf.

-“Comentario a la Sentencia del TC 40/1992, de 30 de marzo”, *CCJC*, núm. 30, 1992, pp. 763-790.

Salvador Coderch, P (VVAA): *Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Civitas, Madrid, 1987.

Salvador Coderch, P., Ramos González, S. y Luna Yerga, A.: “Poder de la prensa y derecho al honor. Comentario a la reforma del art. 525 LEC”, *InDret*, 2/2004.

Salvador Coderch, P.; Rubí Puig, A. y Ramirez Silva, P.: “Imágenes veladas. Libertad de información, derecho a la propia imagen y autocensura de los medios”, *InDret* 1/2011, disponible en http://www.indret.com/pdf/805_es.pdf

Salvador Coderch, P. y Castiñeira Palou, M. T.: *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Ed.Marcial Pons, Madrid, 1997

Salvi, C. “La responsabilit  civ le”, en *Trattato de Diritto Privato*, G. Ludica, P. Zatti (dir.), Ed. Giuffr , Milano, 1998.

Salvia, M. de: “L’elaboration d’un ius comune. La dimension européenne”. *Mélanges en l’honneur de Gérard J. Wiarda*, K ln: 1998, pp.555-563.

Sanchez Abril, P.: “A (my)Space of One’s Own: On Privacy and Online Social Networks”, *Nw.J.Tech. & Intell. Prop.*, n . 6, 2007, pp. 73-88.

Sánchez Rodríguez, L. I.: *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles*, Ed. Civitas, Madrid, 1990

Sands, Ph.: “Human Rights, Environment and the López-Ostra Case: Context and Consequences”, *EHRLR*, n  6, 1996, pp. 597-618.

Sanford, B. W.: *Libel & Privacy*, Aspen Publishers, 2  ed. 1991, suplementos anuales 2005.

Santdiuenge i Farre, J.: *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo*, en VV. AA.: *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 339-381.

Santolaya Machetti, P.: “Derecho a la vida privada y familiar: Un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad (art. 8 CEDH)”, en J García Roca; P. Santolaya (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: CEC, 2005, pp. 487-507, en particular, pp.492-493.

Santos Briz, J.: “La norma de conflicto sobre obligaciones en el nuevo Título preliminar del Código civil”, *Documentación jurídica*, 1974, núm. 4, pp.1363-1394.
-*La responsabilidad civil*, Temas actuales, Ed. Montecorvo, Madrid, 2001.

-*La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1991.

Savini, S.: “Delocalizzazione del contratto stipulato su Internet – Problemi di giurisdizione e legge applicabile”, en *Contratto e impresa/Europa* 2002, pp. 1131-1190.

Scott, D. L.: “Personal Jurisdiction in Cyberspace: The Constitutional Boundary of Minimum Contacts Limited to a Web Site”, *John Marshall J. of Comp. & Info. Law*, vol. XV, n° 4, 1997, pp. 819- 854.

Sebastian Elias, J.; Cruz Diaz, J.: “Freedom of Speech, Freedom of the Press, and Their Limits”, *ILSA J Int'l & Comp L*, Vol. 4, 1997-1998, pp. 987-998.

Sedler, R.A.: “An Essay on Freedom of Speech: The United States Versus the Rest of The World”, *Mich. St. L. Rev.*, 2006, vol. 2, pp. 377-384.

Senés Motilla, C.: “Sistema de competencia judicial internacional en el ámbito civil: el art. 22 LOPJ”, *Justicia*, 1986, núm. III, pp. 683-704.

Serraller, M.: “El derecho a la intimidad se redefine en Internet”, publicado el 12-04-2009, Fuente: <http://www.expansion.com/2009/04/12/juridico/1239560180.html>

Sharma, S. K.: *Privacy law: a comparative study*, Ed. Atlantic Publishers & distributors, Sri Lanka (India), 1993.

Schermers, H. G., Waelbroeck, D.: *Judicial Protection in the European Union*, 6ª edición. Ed. Kluwer, The Hague, 2001.

Schlosser, P.; “Jurisdiction in International Litigation. The issue of Human Rights in relación to National Law and to the Brussels Convention”, *Riv. dir. int.*, 1991, pp. 5-34.
- “A new dimension of Human rights. Consideration in civil procedure”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1995-1, pp. 30-40.

Siehr, K.: “Violation of privacy and Rights relating to the personality”, *Studi e Pubblicazioni della RDIPP*, núm. 63, monográfico “The unification of choice of law rules on torts and other non-contractual obligations in Europe: The “Rome II” proposal” (A. Malatesta), Cedam, Padova, 2006, pp. 159-172.

-“European private international law of Torts. Violations of privacy and rights relating to the personality”, *RDIPP*, vol. 40, núm. 4, 2004, pp. 1201-1214.

Simón, D.: “Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire?”, *Droits- Revue française de théorie juridique*, 1991, n° 14, pp. 73-86.

Sirinelli, P.: “L’adéquation entre le village virtuel et la création normative: remise en cause du rôle de l’État”, en K. Boele-Woelki, C. Kessedjian (Eds), *Internet, Which Court decides? Which Law Applies? Quel tribunal decide? Quel droit s’applique?*, The Hague/London/ Boston, 1998, pp. 1-22.

Smith, G. J. H.: *Internet Law and Regulation*, Sweet & Maxwell, 3ª ed., Londres, 2002.
- “Here, There or Everywhere? Cross-border Liability on the Internet”, *CTLR*, vol. 13, nº 2, 2007, pp. 41-51.

Soler Presas, A.: “Am I in Facebook?”, *Indret*, 3/2011, julio 2011, p. 1-44 (www.indret.com)

Solove, D. J.: “Conceptualising Privacy”, *California L. Rev.*, 2002, vol. 90, pp. 1087-1156.
- *The Future of Reputation; Gossip, Rumor and Privacy on the Internet*, Yale University Press, 2007

Spahn, E.: “As Soft as Tofu: Consumer Product Defamation on the Chinese Internet”, *Vand. J.T.L.*, Vol. 39 Nº. 3, Mayo 2006, pp. 865- 910.

Starck, C.: “Religious and Philosophical Background of Human Dignity”, en *The Concept of Human Dignity in Human Right Discourse*, D. Kretzmer y E. Klein (eds), Kluwer, La Haya, 2002, pp. 179-194.

Steiner, H. J. y P. Alston, P.; *International Human Rights in context: Law, Politics, Morals*, Oxford University Press, USA; 2ª ed., Oxford, 2000.

Stone, P.: “Product Liability under the Rome II Regulation”, en J. Ahern, W. Binchy (eds.), *The Rome II regulation on the law applicable to non-contractual obligations: A New International Litigation Regime*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2009, pp. 175-198.

Stravitz, H. B.: “Personal Jurisdiction in Cyberspace: Something More Is Required on the Electronic Stream of Commerce”, *S.C. L. Rev.* vol. 49. 1998, pp. 925-942.

Stuyck, J.: “Unfair Terms”, en G. Howells y R. Schulze (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, pp. 115-144.

Stuckey, K. D.: *Internet and Online Law*, Ed. Law Journal Press, Nueva York, 2004.

Susskind, R.: *Transforming the Law: Essays on Technology, Justice and the Legal Marketplace*, Oxford University Press, Oxford – Nueva York, 2000.

Sutherland, K.: “The Common Law Tort of Defamation, and the Suppression of Scholarly Debate” (Mini-Symposium: Critical Book Reviews & Academic Freedom), *Ger. L. J.*, Vol. 11 No. 06, 2010, pp. 656-670

Suquet Capdevila, J.; “Páginas web: Cláusulas de elección de sumisión en condiciones generales en el comercio internacional por Internet”, en P. Casanovas (Coord.), *Pluralismo jurídico e Internet: formas emergentes de regulación*, Ed. Comares, Granada, 2003, pp. 146-161.

Svantesson, D. J. B.: *Private International Law and the Internet*, Ed. Kluwer, La Haya, 2007.

Symeonides, S. C.: "Rome II and Torts Conflicts; A missed opportunity", *AJCL*, Vol. 56, Núm. 1 (Winter 2008), pp. 173-222.

Taipale, K.: "Secondary Liability on the Internet: Towards a Performative Standard for Constitutive Responsibility", *Center for Advanced Studies Working Paper* No. 04-2003 (Febrero de 2003), www.advancedstudies.org/.

Tallon, D.: *Droits de la Personnalité*, en *Répertoire de Droit civil* Dalloz, Paris, 1996, n° 2

Takahasi, K.: "Jurisdiction in matters relating to contract: Article 5.1 of the Brussels Convention and Regulation", *E.L.Rev.*, No 5, 2002, pp. 530-550.

Tercier, P.: *Le nouveau droit de la personnalité*, Polygraphischer Verlag Zurich, Zurich, 1984.

Terwangne, C. de: "Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido (Internet privacy and the right to be forgotten/right to oblivion)", *IDP*, 2012, Núm.13, pp. 53-56.

Thiede, T. y McGrath, Colm P.: "Mass Media, Personality Rights and European Conflict of Laws", marzo de 27, 2011 (disponible en <http://ssrn.com/abstract=1964506>)

Thierer, A.: "Dialogue: The Future of online Obscenity and Social Networks", artículo de 9 de marzo de 2009, en especial p. 2, disponible en: <http://allthingsd.com/voices/dialogue-the-future-of-online-obscenity-and-social-networks/> (visto el 22 de septiembre de 2011).

Thompson, A.: "International protection of women's rights: an analysis of Open Door Counselling Ltd. and Dublin Well Woman Centre v. Ireland", *Boston Univ Int Law J.*, 1994 (12); pp 371-406.

Todd, B.: "From Village Pump to Superhighway: Internet and the Modern Law of Defamation", *Media and Arts Law Review*, vol. 1, n° 1, 1996, pp. 33-52.

Tomkins, A.: *The Constitution After Scott (Government Unwrapped)*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

Tortell, L.: *Monetary remedies for breach of Human Rights: a comparative study*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2006.

Torralba Mendiola, E.: "Difamación: la situación tras la sentencia en el asunto eDate advertising", *AEDIPr*, 2011 (en prensa).

- "La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo", *InDret* 1/2012, http://www.indret.com/pdf/880_es.pdf.

Torremans, P. L. C. (ed.): *Intellectual Property and Human Rights*, Kluwer, Austin/Boston/Chicago/N.Y./The Netherlands, 2007.

Tran, L-V. N.: *Human Rights and Federalism: A Comparative study on Freedom, Democracy and Cultural Diversity*, Kluwer, La Haya, 2000.

Treiger-Bar-Am, L. K.: “Defamation law in a changing society: the case of *Youssouppoff v Metro-Goldwyn Mayer*”, *Legal Studies*, Vol. 20, Issue 2, 2000, pp. 291-319 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1021041).

Tugendhat, M.: “Privacy & Celebrity”, en E. Barendt, A. Firth y otros (eds.), *The Yearbook of Copyright & Media Law*, Volume VI 2001/2, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 3-20.

Tugendhat, M. y Christie, I.: *The Law of Privacy and the Media*, 2ª ed. Oxford University Press, Oxford, 2012.

Tumbridge, J.: “Defamation –The Dilemma for Bloggers and their Commenters”, *EIPR*, núm. 31 (10), 2009, pp. 505-507.

Tunc, A. (ed.): “Torts”, *Int. Enc. Comp. L.* Part. I y II, Vol. XI, 1983.

Tunc, A.: *La responsabilidad civile*, París, 1981.

Tur Faúndez, M. N.: “La información como producto: la aplicación en Internet de la Ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, en AAVV, *Responsabilidades de los proveedores de información en Internet*, Comares, Granada, 2007, pp. 83-106.

Ugartemendia Eceizabarrena, J. I.: “Un nuevo riesgo para la privacidad: videocámaras conectadas a Internet que emiten sin control de acceso”, *La Ley*, Nº 7220, 17 Jul. 2009.

Urciouli, M. A.: *Autonomia negóciale e diritto all’immagine*, Nápoles, 2000.

Vargas Urrutia, M.: “Recientes iniciativas y propuestas para la reglamentación del comercio electrónico”, *RCE*, núm. 4, 2000, pp. 25-67.

Velasco Caballero, F.: “Protección del Medio Ambiente en el constitucionalismo europeo”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 190, noviembre de 2000, pp. 183-190.

“El Medio Ambiente en la Constitución: ¿Derecho público subjetivo y/o principio rector?”, *Administración de Andalucía*, nº 19, 1994, pp. 77-121.

Vidal Marín, T.: *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

Vidal Martínez, J.: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982*, Madrid, 1984.

Vilasau Solana, M.: “Privacidad, redes sociales y factor humano”, en A. Rallo Lombarte y R. Martínez Martínez (Coords.) *Derecho y redes sociales*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 55-83.

Villagómez Rodil, A.: *Competencia desleal*, Comares, Granada, 2006.

Villani, U.: “La legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti”, en N. Boschiero, *La nuova disciplin comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009, pp. 149-172.

Virgós Soriano, M.: *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal (un análisis del art. 4 de la Ley española de competencia desleal de 1991)*, Ed. Civitas Estudios de Derecho Mercantil, Madrid, 1993.

Virgós Soriano M. y Garcimartín Alférez, F. J.: *Derecho procesal Civil Internacional, Litigación Internacional*, Ed. Civitas, 2º ed, Madrid, 2007.

- “Estado de origen vs. Estado de destino”, *Indret -Revista para el análisis del Derecho*, núm. 251, 2004-4, noviembre 2004, pp. 1-10.

-“Estado de origen vs. Estado de destino: las diferentes lógicas del Derecho internacional privado”, en: *Pacis artes: obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, tomo II: *Derecho internacional privado, Derecho constitucional y varia*, Editer, Madrid, 2005, pp. 1787-1815.

Vitta, E.: *Corso di Diritto internazionale privato e processuale*, 5ª ed., Ed. Utet, Turín, 1994.

Vlas, P.: “Chapter II. Jurisdiction. Section 1: General provisions”, en en P. Mankowski, U. Magnus (eds.), *European commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*. 2nd Revised Edition, Sellier (European law publishers), Munich, 2011, pp. 76- 82.

Von Bar, C.: “Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another under the DCFR”, *ERA-Forum* 2008, pp. 33-38.

Waelde, C. y Edwards, L.: “Defamation and the Internet: a Case Study of Anomalies and Difficulties in the Information Age”, *Int. Rev. L., Computers and technology*, 1996, vol. 10, nº 2 , pp 263-294.

Wacks, R.: *The protection of privacy*, Ed Sweet & Maxwell, London, 1980.

-“Privacy in cyberspace: personal Information, Free Speech and the Internet”, en *Privacy and Loyalty*, P. Birks (ed), Ed. Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 93-112.

Wagner, G.: “Article 6 of the Proposal: Violation of Privacy-Defamation by mass media”, *ERPL*, Vol. 1-2005, pp 21-37.

- “Comparative Tort Law”, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1003-1041.

Warbrick, C.: “The structure of article 8”, *EHRLR*, 1, 1998, pp.32-44.

Warshaw, A.: “Uncertainty from abroad: Rome II and the Choice of law for defamation claims”, *Brook. J. Int’l L*, Volume 32, Number 1, 2006, pp. 269-309.

Warren, S. y Brandeis, L.: “The Right to privacy”, *Harvard Law Review*, Vol. IV, Nº 5, Dec.15-1890, pp.193-221. Traducción al castellano del artículo se puede encontrar en B. Pendas y P. Baselga, *El derecho a la intimidad*, Civitas, Madrid 1995.

Wautelet, P. "Chapter III. Recognition and enforcement. Section I: Recognition (art. 34)", en P. Mankowski, U. Magnus (eds.), *European commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*. 2ª ed., Sellier, Munich, 2011, pp. 644-697.

Webster's New World Law Dictionary, 2010, Wiley Publishing, Inc., Hoboken, New Jersey; disponible en <http://law.yourdictionary.com/chilling-effect>

Weill, A.: "Un cas épineux de compétence législative en matière de responsabilité et du lieu du préjudice", *Mélanges offerts à J. Maury, Droit International privé et public*, Dalloz, París, 1960, pp. 544-561.

Weinstein, J. B.: "Mass torts jurisdiction and choice of law in a multinational world communicating by extraterrestrial satellites", *Willamette L. Rev.*, 2001, pp. 145-155.

Weintraub, R. J.: "The Choice-of-Law Rules of the European Community Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: Simple and Predictable, Consequences-Based, or Neither?", *TILJ*, vol. 43 (2008), núm. 3, pp. 401-414.

Weir, T.: *Casebook on Tort*, Sweet & Maxwell, 10ª ed., Londres, 2004.

Westin, A. F.: *Privacy and Freedom*, Ed. Bodley Head, London, 1967.

West, A; Lewis, J. y Currie, P.: "Student's Facebook "Friends": Public and Private Spheres", *Journal of Youth Studies*, núm. 12, issue, 2009, pp. 615-627.

Wintemute, R.: *Individual Rights and the Law in Britain*, C. McCrudden y G. Chambers (eds.), Cap. 15; Clarendon Press, Oxford, 1994.

Witzleb, N.: "Monetary remedies for breach of confidence in privacy cases", *Legal Stud.*, Vol. 27 Issue 3, 2007, pp. 430-464.

Wolf, M.: *Private International Law*, 2ª ed, Clarendon Press, Oxford, 1950.

Wright, J.: "How private is my private life", en L. Betten (Ed.), *The Human Rights Act 1998, What it means: the incorporation of the European Convention on Human Rights into the legal order of the United Kingdom*, Kluwer Law International, London, 1999.
- *Tort Law & Human Rights*, Hart Publishing, Oxford –Portland Oregon, 2001.

Xalabarder, R.: "Infracciones de la propiedad intelectual y la Digital Millennium Copyright Act", *Contenidos ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet*, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, Monografía núm. 8, 2002, pp. 119-142.

Yzquierdo Tolsada, M.: *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid: Reus, 1993.

- "Responsabilidad civil de los periodistas y de los medios de comunicación", en M. Burset Tournon, *Deontología, función social y responsabilidad de los profesionales de la comunicación*, Ciclos de conferencias 27 febrero- 21 mayo, 2002, Consejo Social de la Universidad Complutense de Madrid, pp. 45-94.

Zeno-Zencovich, V.: “Diritto al rispetto alla vita privata e familiare”, en *Commentario alla Convenzione Europe per la tutela dei diritti dell 'Uomo e delle libertà fondamentali*, S. Bartole y vv.aa., Cedam, Padova, 2001, pp. 307-317.

-“Damage Awards in Defamation Cases: An Italian View”, *ICLQ*, 1991 (40), pp. 691-699.

-“Profili negoziali degli atributi della personalit ”, *Dir. Inf*, 1993, pp. 545-597.

JURISPRUDENCIA

Sentencias TEDH

- STEDH, 22 febrero 1984, asunto *Sutte v. Switzerland*.
- STEDH de 26 de marzo de 1985, *Asunto X e Y c. Países Bajos*
- STEDH de 22 de febrero de 1989 (A-149), asunto *Barfod c. Dinamarca*.
- STEDH asunto *Markt Intern Verlag GMBH y Klaus Beermann v. Alemania*, de 20 de noviembre de 1989.
- STEDH de 23 de mayo de 1991, *Oberschlick c. Austria*, (A-204).
- STEDH asunto *Castell v. España*, de 23 de abril de 1992.
- STEDH asunto *Niemietz*, de 16 de diciembre de 1992, A-251-B.
- STEDH *López Ostra c. España*, de 9 de diciembre de 1994.
- STEDH, *Prager y Oberschilck c. Austria* de 26 de abril de 1995.
- STEDH *Tolstoy Miloslavky v. UK*, (1995) 20 EHRR, 442.
- STEDH de 22 de abril de 1997, asunto *X, Y y Z c. R. Unido*.
- STEDH *Halford contra Reino Unido*, de 25 junio 1997 (TEDH 1997\ 37)
- STEDH asunto *Bladet Tromso y Stensaas*, de 20 de mayo de 1999
- STEDH asunto *Fuentes Bobo v. España*, 29 de febrero de 2000.
- STEDH de 16 de abril de 2002, *Colas Est vs. Francia*.
- STEDH asunto *Vides Aizsardzibas Klubs c. Letonia*, de 27 de mayo de 2004.
- STEDH, *Princesa Carolina de Hannover v. Alemania*, de 24 de junio de 2004, nº 59320/00.
- STEDH, *Ukrainian Media Group c. Ucrania* de 29 de marzo de 2005.
- STEDH , de 30 de junio de 2005, asunto *Bosphorus vs. Irlanda*.
- STEDH, *Paturel c. Francia* de 22 de diciembre de 2005
- STEDH, asunto *Wirtschafts-Trend-Verlags GMBH c. Austria*, de 27 de octubre de 2005
- STEDH *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* (GC), nº. 21279/02 y nº 36448/02 (ECHR 2007-XI).
- STEDH de 15 de enero de 2009, asunto *Reklos and Davourlis v. Grecia*.
- STEDH, *MGN Ltd v UK*, Application no. 39401/04, 18 enero 2011.
- STEDH, *Editorial Board of Pravoke Delo and Shtekel v. Ukraine*, de 5 de mayo de 2011, Application no. 33014/05.

UNIÓN EUROPEA: Sentencias TJUE

- STJUE de 30 de noviembre de 1976, Asunto *Bier v. Mines de Potasse d'Alsace*.
- STJUE de 21 de mayo de 1980, *Bernard Denilauler v. SNS Couchet Frères*, C-120/79, (1980) ECR 1553.
- STJUE de 16 de diciembre de 1980, C-814/79, Asunto *Rüffer*, Rec. 1980-8,
- STJUE de 25 de julio de 1982, en el Asunto C-228/81, caso *Pendy Plastics c. Pluspunkt*.
- STJUE de 27 de noviembre de 1984, C-258/83, asunto *Brennero*.
- STJUE, de 27 de septiembre de 1988, asunto *Kalfelis c. Banco Schöder, Münchmeyer, Hengst & Co. y otros*, (C- 189/1987).
- STJUE de 10 de marzo de 1992, Asunto *Powell Dyffryn pie c. Wolfgang Petereit* (C- 214/89).
- STJUE de 26 de marzo de 1992, *Reicher and Kockler v. Dresdner Bank AG*, C-

- 261/90, Rec. p. I-2149.
- STJUE de 19 de enero de 1993, C-89/91, *Shearson Lehman Hutton, Inc.*
 - STJUE de 13 de julio de 1993, C-172/91, *Volker Sonntag c. Hans Waidmann e.a.*, Rec. 1993.
 - STJUE de 7 de marzo de 1995, C-68/93, *Fiona Shevill y otros C/Presse Alliance, S.A.*, Rec. p. I-415
 - STJUE de 19 de septiembre de 1995, C-364/93, *Marinari v. Lloyd's Bank.*
 - STJUE de 3 de julio de 1997, C-269/95, *Benincasa.*
 - STJUE de 6 de octubre de 1997, asunto *Tessili*, C-12/76 [1976] ECR 1473.
 - STJUE Asunto *Alblasgracht VOO2*, de 27 de octubre de 1998 (C-51/1997)
 - STJUE de 17 de noviembre de 1998, *Van Uden maritime BV v. Deco-Line*, C-391/95, Rec. p. I-7091.
 - STJUE de 27 de abril de 1999, *Mietz v. Intership Yachting Sneek BV*, C-99/96, (1999), ECR I-2277.
 - STJUE de 14 de octubre de 1999, *Adidas AG* (C-223/98).
 - STJUE de 11 de mayo de 2000, C-38/98, *Renault SA v. Maxicar SpA and Orazio Formento*, ECR I-2973.
 - STJUE de 19 de septiembre de 2000, C-156/98, *Alemania/Comisión*, (Rec. P. I-6857).
 - STJUE de 27 de febrero de 2002, Asunto *Herbert v. Universal Ogden Services Ltd.*, (As. C-37/00)
 - STJUE, 17 de septiembre de 2002, as. C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi c/ Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*.
 - STJUE de 1 de octubre de 2002, *Henkel* (C-167/00, Rec. p. I-8111).
 - STJUE de 14 de noviembre de 2002, C-271/00, *Gemeente Steenbergen v. Luc Baten*.
 - STJUE de 6 de noviembre de 2003, C-101/01, asunto *Bodil Lindqvist*.
 - STJUE de 15 enero 2004, C-433/01, *Freistaat Bayern vs. Jan Blijdenstein*.
 - STJUE de 5 de febrero de 2004, *Danmarks Rederiforening v. LO landsorganisationen I Sverige (DFDS Torline)*, C-18/02, (Rec. p. I-1417).
 - STJUE de 10 de junio de 2004, *Kronhofer/Maier et al.*, C-168/2002.
 - STJUE 20 de enero de 2005, as. C-27/02, *Engler*
 - STJUE de 20 de enero de 2005, C-464/01, *Gruber*.
 - STJUE, Sala 1ª, Asunto C-104/03, de 28 de abril de 2005, *St. Paul Dairy Industries NV c. Unibel Exser BVBA*.
 - STJUE, Asunto *Roche Nederland BV v. Frederick Primus y Milton Goldenberg*, de 13 de julio de 2006 (C-539/2003).
 - STJUE de 7 de diciembre de 2006, C-306/05, *SGAE*, Rec. P. I-1519.
 - STJUE, sala 4ª, de 3 de mayo de 2007, *Color Drack*, as. C-386/05.
 - STJUE, asunto *Freeport plc/olle Arnoldsson*, de 11 de octubre de 2007 (C-98/2006)
 - STJUE de 29 de enero de 2008, C-275/06, *Promusicae*.
 - STJUE de 16 de diciembre de 2008, C-73/07, *Satakunnan Markkinapörssi y Satamedia*.
 - STJUE de 23 de abril de 2009, C-533/07, *Falco*
 - STJUE de 14 de mayo de 2009, C-180/06, *Ilse*
 - STJUE de 9 de julio de 2009, *Rehder*, as. C-204/08.
 - STJUE de 23 de marzo de 2010, *Google France and Google*, C-236/08 a C-238/08.
 - STJUE de 7 de octubre de 2010, C-162/09, *Lassal*, Rec. P. I-0000.

- STJUE, de 7 de diciembre de 2010, asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09, *Pammer*.
- STJUE de 12 de julio de 2011, *L'Oreal*, C-324/09.
- STJUE de 25 de octubre de 2011, (*eDate advertising*), asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10 (*eDate Advertising GmbH y X y Olivier Martinez, Robert Martinez y MGN Limited*).
- STJUE de 17 de noviembre de 2011, *Hypoteční banka*, C-327/10, Rec. . I-0000
- STJUE de 24 noviembre de 2011 (asunto C-70/10- *Scarlet Extended SA / Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*).
- STJUE de 15 de marzo de 2012, *G v. Cornelius de Visser*, C-292/10.
- STJUE de 19 de abril de 2012, en el Asunto C-523/10 (*Wintersteiger AG*).

ESPAÑA

TC

- STC 6/1988, de 21 de enero, RTC 1988\6.
- STC 107/1988 de 8 de junio.
- STC 214/1991, RTC 1991\214.
- STC 197/1991, RTC 1991\197.
- STC 5/1993 de 18 de enero de 1993.
- STC 336/1993, de 15 de noviembre de 1993.
- STC 41/1994, de 15 de febrero
- STC 99/1994, de 11 de abril.
- STC 117/1994, de 25 de abril.
- STC138/1996, RTC 1996\138.
- STC 3/1997, de 13 de enero de 1997, RTC 1997\3.
- STC 144/1998, de 30 de junio de 1998.
- STC 134/1999, de 15 de julio.
- STC 187/1999, de 25 de octubre.
- STC 81/2001, de 26 de marzo de 2001.
- STC 139/2001, de 18 de junio de 2001.
- STC156/2001, de 2 de julio.
- STC 46/2002, de 25 de febrero.
- STC 83/2002, de 22 de abril.
- STC 14/2003, de 28 de enero.
- STC de 18 de octubre de 2004, RTC 2004/171
- STS 131/2006, de 22 febrero (RJ 2006\830).
- STC 89/2006, de 27 de marzo.
- Auto del TC 18/2004, de 6 de febrero.

TS

- STS de 25 de junio de 1984.
- STS de 24 de enero de 1997.
- STS 4 de junio de 2002.
- STS de 17 de marzo de 2004
- STS 7 de junio de 2004.
- STS, sec. 1ª, de 9 de diciembre de 2009.
- STS sec. 1ª, de 18 de mayo de 2010.

- STS sec. 1ª, de 2 de febrero de 2011.
- STS, sec. 1ª, de 10 de febrero de 2011.
- STS, Secc. 1ª, de 7 de noviembre de 2011 (JUR 2011\389715), *Futbol Club Barcelona/ Le Monde*.
- Auto del TS de 13 de noviembre de 2001.
- Auto del TS de 7 de febrero de 2002.
- Auto del TS de 12 de marzo de 2002.
- Auto del TS de 21 de enero de 2003.

Audiencias Provinciales

- SAP de Granada de 2 de marzo de 1993.
- SAP Pontevedra de 17 de diciembre de 1993 (*REDI* 1995-1, 1995-1-Pr, pp. 209-211).
- SAP Madrid de 4 de enero de 1994 (*REDI* 1995-1, 1995-17-Pr, pp. 249-253).
- SAP de Barcelona de 15 de enero de 1999.
- SAP de Las Palmas de 28 de enero de 1999.
- SAP Guipúzcoa de 8 de febrero de 2000.
- SAP de Baleares de 27 de noviembre de 2000 (Sentencia núm. 771/2000 de 27 noviembre JUR 2001\52945).
- SAP de Badajoz, secc. Penal, de 19 de julio de 2001.
- SAP Las Palmas, s. 4ª, de 6 de marzo de 2003
- SAP de las Palmas de 20 de enero de 2004, *REDI* 2004-2, 2004-27-Pr, pp. 875-881.
- SAP de Barcelona (secc. 16ª) de 5 de abril de 2006, nº. 91/2006.
- SAP de Valencia, núm. 547/2006 de 23 octubre de 2006.
- SAP Madrid (secc. 11ª), No 360/2008.
- SAP Lugo, 9 de julio de 2009.
- SAP Barcelona, Secc. 1ª, de 27 de octubre de 2009 (JUR 2009\488564), *Futbol Club Barcelona/Le Monde*.
- SAP de Cáceres, Sección 2ª, Sentencia de 16 May. 2011
- SAP de A Coruña, Sección 6ª, Sentencia de 24 Junio 2011, rec. 148/2011.
- SAP de Valencia, Sección 3ª, Sentencia de 18 Oct. 2011.
- Auto AP de Castellón de fecha 14 de diciembre de 2004.
- Auto AP Toledo, de 3 de noviembre de 2008, Nº 81/2008.
- Auto AP de Madrid, Secc. 19ª, Auto núm. 211/2009 de 21 septiembre AC 2010\810.

Juzgados de Instancia

- Sentencia Juzgado 1ª Instancia nº. 52 de Madrid, 27 de abril de 2005
- Auto del Juzgado de 1ª Instancia de Arrecife, Previas 49/2003, 5 febrero 2003
- Auto del Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Bilbao, 19 ene. 2012, proc. 9/2011
- Auto de 10 Nov. 2004, número de Recurso: 14/2004, Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid.

FRANCIA

- Sentencia del TGI de París de 23 junio 1976 (*Dll. Aga Khan c. Soc. Axel Springer et autre*), *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1978-1, p. 133.
- Sentencia TGI de París de 29 de septiembre de 1982 (*Rommy Schneider c. les Editions Bauer Verlag*).
- Sentencia del Tribunal de Grande Instance de Paris de 27 de abril de 1983 (*Caroline de Monaco c. Soc Burda GMBH*).
- Sentencia TGI de París de 30 junio de 1984 (S.A.R. La Duchesse de Windsor c. Sánchez Gómez), *Rev. Crit. dr. int. pr.*, 1985-1, pp. 141-146.
- Cass. Civ. (1er. Ch. Civ.), *Rev. crit. dr. int. Pr.* 1988 (77) 3, pp. 546-554.
- Sentencia la Corte de Casación de 19 de abril de 1988 (*Roho c. Caron et autres*), *Rev. crit. dr. int. pr.* 1989, pp. 68 y ss.
- Sentencia de Cour d'appel de Paris de 19 de diciembre 1989 (*Soc. radio Montecarlo e.a. c. Syndicat National de l'Edition phonographique*), *Rép. Jurisprudence*, I-5.3-B 21.
- Sentencia de la Corte de Casación (1er. Ch. Civ.), de 4 de diciembre de 1990 (*Coveco et autres c. Soc. Vesoul Transport et autre*), *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, pp. 558-569.
- Sentencia de la Corte de Casación (1er. Ch. Civ.) de 10 de diciembre de 1991 (*Sarkisc. Soc. SIDEM*), *Rev. crit. dr. int. pr.* 1992, pp. 316-327.
- Sentencia TGI de París 20 febrero 1992 (*Vicent Lindon c. Soc. Burda GmbH*), *Journ. dr. int.*, 1994, p. 168.
- Sentencia de la Corte de Casación (1er. Ch. Civ.), de 16 de mayo de 1999 (*Mutuelle du Mans*).
- Sentencia Cass. Civ. de 20 febrero de 2001, *Gaz. Pal.*, nº 1, 2001, pp. 943 y ss.
- Sentencia de la *Cour d'appel d'Orléans*, de 6 de mayo de 2003, *Rev.cr.dr.int.pr.*, Nº 1, 2004, pp. 139-151.
- Sentencia del TGI Paris, 12 mayo 2003, *Lorie c/M. G.S. et SA Wanadoo Portails*.
- *Cass. com. (première chambre civile)*, 9 décembre 2003: *JDI* 2004, nº 3, pp. 872-879.

ALEMANIA

- Federal Court of Justice (*BGH*), *GRUR*, 1958, 409, 410.
- Federal Court of Justice (*BGH*) judgment of June 4, 1992, *BGHZ* 118, 312 (327).
- *BGH*, de 15 de noviembre de 1994 (*BGHZ* 128, 1 y ss.), asunto *Carolina de Mónaco*.
- Tribunal Supremo Federal Alemán de 1 de diciembre de 1999: caso "Marlene Dietrich)", *AC*, nº. 20, mayo 2003, pp. 495-520.
- Asunto *Verlagsgruppe Handelsblatt contra Paperboy*, aus dem *Bundesgerichtshof (BGH)*, Urteil vom 17. Juli 2003 – I ZR 259/00.

REINO UNIDO

- *Asunto Prince Albert v. Strange*, (1849) 2 De G & Sm 293.
- *Asunto The Halley* (1868) L. R. 2 (Privy Council) 193.
- *Asunto Phillips v. Eyre* (1870) L. R. 6 Q. B. 1 (Exch).
- *Asunto Machado v. Fontes* (1897), 2 QB 1.
- *Asunto Lewis v. Associated Newspapers Ltd, House of Lord* (1963) 2 All ER 151.
- *Asunto Boys v Chaplin* (1971) AC 356.
- *Asunto Multinational Gas and Petrochemical Co. v Multinational Gas and Petrochemical Services Ltd.* (1983) Ch 258.
- *Asunto Patrick Grehan v. Medical Incorporated and Valley Pines Associates* (1986) I. L. R.M. 627 (S.C.).
- *Asunto Stephens v. Avery*, (1988), 1 Ch449, 482.
- *Asunto Metall und Rohstoff AG v Donaldson Lufkin & Janrette Inc.* (1990) 1 QB 391
- *Asunto Kaye v. Robertson* (1991), FSR 62, Corte de Apelación.
- *Asunto Derbyshire C.C. v. Times Newspapers Ltd* (1992) 3 All ER, 65.
- *asunto Burnett v. George* (1992) 1 Family Law Reports 525
- *Asunto Khorasandjin v. Bush* (1993) 3 All England Law Reports 669.
- *Asunto An Bord Trachtala v. Waterford Foods Ltd., High Court*, 25 de noviembre de 1995.
- *Asunto Red Sea Insurance v. Bouygues SA* (1994) 3 All ER 749 (CA).
- *Asunto Berezovsky v. Michaels* [2000] 1 WLR 1004, 1023–1024.
- *Asuntos Hamilton v. Al Fayed* (2000) 2 All ER 224.
- *Asunto Douglas and others v. Hello! Ltd*, el 21 de diciembre de 2000.
- *Asunto Reynolds v Times Newspapers Ltd*, (2001) 2 AC 127.
- Sentencia de la Scottish Court of Session en el asunto *Bonner Media Limited*, de 1 de julio de 2002.
- Sentencia de la *High Court* de Inglaterra y Gales en el asunto *Harrods vs. Dow Jones*, de 22 de mayo de 2003.
- *Asunto King v. Lewis* [2004] EWCA Civ 1329, [36].
- *Asunto Amoudi v. Brisard*, (2006) EWHC 1062, (2006) All E.R. 294 (Q.B.)
- *Asunto Masri v. Consolidated Contractors International (UK) Ltd (No 2)*, [2008] EWCA (Civ) 303.
- *Asunto Smith v ADVFN Plc & Ors* [2008] EWHC 1797 (QB) (25 July 2008)
- *Asunto British Chiropractic Association v Singh* (2010) EWCA Civ 350.

ITALIA

- Sentencia de la *Corte di Cassazione* italiana de 15 de marzo 1975 n° 1001, (asunto *Nagel c. Mowlem*), *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1975-4, vol. XI, p. 562.
- *Corte di Cassazione* en el caso *Soraya*, Sentencia 2.129/1975
- Corte Constitucional italiana, Sentencia 81/1993, de 26 de febrero de 1993.
- *Asunto Parrot v. Fimez S.p.a.*, Corte d'appello di Venezia, sez. trez, 15 Jan. 1995, n.0319, *Giur. It.* 1995 I.1,132

POLONIA

- Decision of the District Court in Warsaw, VII Civil Department of August 12, 2011, case VII Co 300/10 sustained by the decision of the Court of Appeal in Warsaw, I Civil Department of January 26, 2012, case I ACz 2059/11

CHIPRE

- Supreme Court of Cyprus en el caso *Georghiades and son v. Kaminaras* (1958), CLR, 276
- Asunto *Safarino v. Stavrinou*, (1991) 1 JSC, 1059.
- Asunto *Cochino v. Irfan* (1997) 11 JSC, 1780.

AUSTRALIA

- Sentencia de la *Hight Court of Australia*, de 14 de marzo de 2002 (*Regie Nationale des Usines Renault SA v Zhang*), (2002) HCA 10.
- Sentencia de la *High Court de Australia* en el asunto *Dow Jones & Company Inc*, de 10 de diciembre de 2002.

ESTADOS UNIDOS

- Asunto *Klein v. Biben*, 296 N.Y. 638 (Ct. App. 1946).
- Asunto *U.S. v. Carroll Towing Co.*, (159 F. 2d Cir. 1947).
- Asunto *MacFadden v. Anthony*, 117 N.Y.S.2d 520 (Sup. Ct. 1952).
- Asunto *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F 2nd 866 (2d Cir 1953).
- Asunto *Babcock c. Jackson*, 191 N.E.2d 279 (N.Y. 1963).
- Asunto *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).
- Asunto *Grisworld v. State of Connecticut*, 381 U.S. 479, 85 S. Ct. (1965).
- Asunto *Jane Rose Vs. Henry Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
- Asunto *Sharon v. Time, Inc.*, 599 F.Supp. 538 (S.D.N.Y. 1984).
- Asunto *Bachchan v. India Abroad Publ'ns, Inc*, 154 Misc.2d 228, 585 N.Y.S.2d 661 (N.Y. Sup. Ct. 1992).
- Asunto *Stratton-Oakmont, Inc. v. Prodigy Servs, Co.*, Nº. 31063/94, 1995 WL 323710 (N. Y. S. 24 de mayo de 1995).
- Asunto *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521U.S. 844, 885 (1997).
- Asunto *Zeran v. Am. Online , Inc.* 129 F. 3d 327 (4th Cir. 1997).
- Asunto *Blumenthal v. Drudge*, 992 F. Supp. 44 (D.D.C. 1998).
- Asunto *Ben Ezra, Weinstein and Co. V. Am. Online, Inc.* 206 F.3d 980 (10th Cir. 2000).
- Asunto *Doe v. Am. Online, Inc.*, 783 So. 2d. 1010 (Fla. 2001).
- Sentencia del Tribunal Federal de Apelación del 4º circuito, nº 01-2340, de 13 de diciembre de 2002, *Stanley Young v. New Haven Advocate*.
- Asunto *Carafano v. Metrosplash*, 339 F. 3d 1119 (9th Cir. 2003).
- Asunto *Aschcroft v. American Civil Liberties Union*, 542 U.S. 656 (2004)
- Asunto *PSINet, Inc. V. Champan*, 362 F. 3d 227 (W.Va. 2004).
- Asunto *Carter v. B.C. Federation of Foster Parents Assn.*, 2005 BCCA 398, 42

B.C.L.R.(4th).

- Asunto *Yahoo!, Inc. v. La Ligue Contre le Racisme et L'Antisemitisme*, 169 F. Supp. 2d 1181, 1192 (N.D. Cal. 2001), rev'd en banc on other grounds, 433 F.3d 1199 (9th Cir. 2006) (en banc), cert. denied, 547 U.S. 1163 (2006).
- Asunto *Stanton v. Metro Corp.*, United States Court of Appeals, For the First Circuit, No. 05-1552, 23 febrero de 2006.
- Asunto *Doe v. Myspace, Inc*, 474 F. Supp. 2d 843, 846-47 (W.D. Tex. 2007).
- Asunto *Ehrenfeld v. Bin Mahfouz*, 9 N.Y. 3d 501 (N.Y. App. 2007)
- Asunto *Viacom International v. Youtube Inc* 2010 WL 2532404 (SDNY 23 de junio de 2010).
- Asunto *Tiffany (NJ) Inc. V. eBay*, (Inc. 600 F.3d 93, 2nd Cir. 2010).

CANADA

- Asunto *Tolofson v. Jensen* (1994) 3 S.C. R. 1022.
- Asunto *Wiebe v. Bouchard*, 2005 BCSC 47, 46 B.C.L.R. (4th) 278.
- Asunto *Crookes v. Holloway*, 2007 BSCS 1325, 75 B.C.L.R. (4th) 316.
- Asunto *Braintech Inc. V. Kostiuk*, (1999, B.C.J., No. 622, 1999 BCCA 169. recurrida en apelación: Sentencia Corte de Apelación, 2008 BCCA 165, 77 B.C.L.R. (4th) 201 (2008).
- *Court of British Columbia*, asunto *Crookes v. Wikimedia Foundation Inc*, 2008 BCSC 1424.

COLOMBIA:

- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia (C-330/00), de 22 de marzo de 2000.

CHINA

- Asunto *Max Computer Station, Inc. v. Wang Hong, Life Times & PC World*, Case No. 1438 (Beijing No. 1 Interm. People's Ct.)